

المعونة

على مذهب عالم المدينة

أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة

تصنيف

القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي

المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

تحقيق

محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



المعونة

على مذهب عالم المدينة

أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة

تصنيف

القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي

المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

تحقيق

محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي

الجزء الأول

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

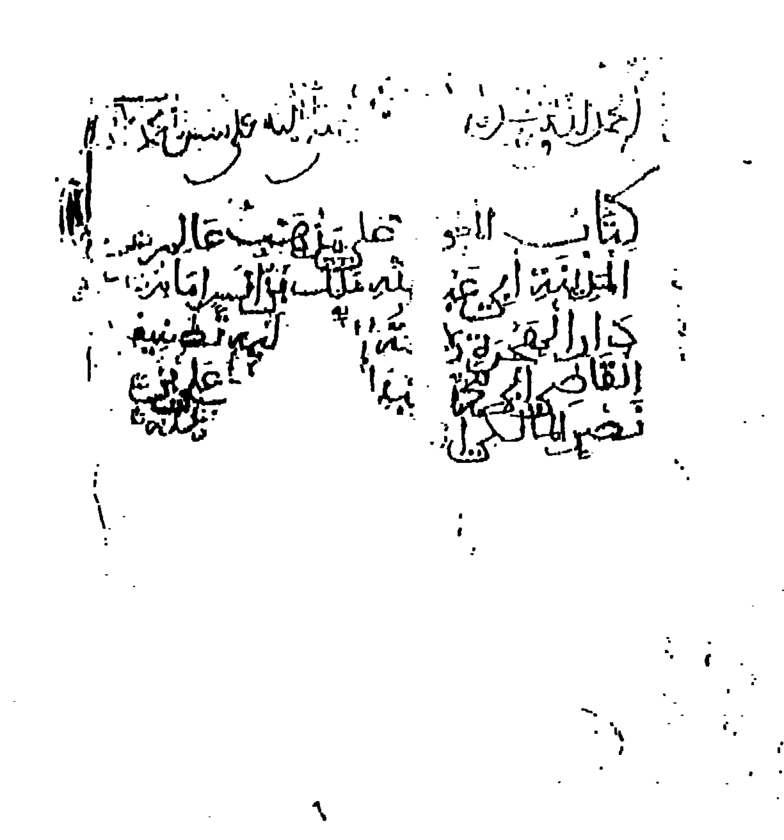
الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

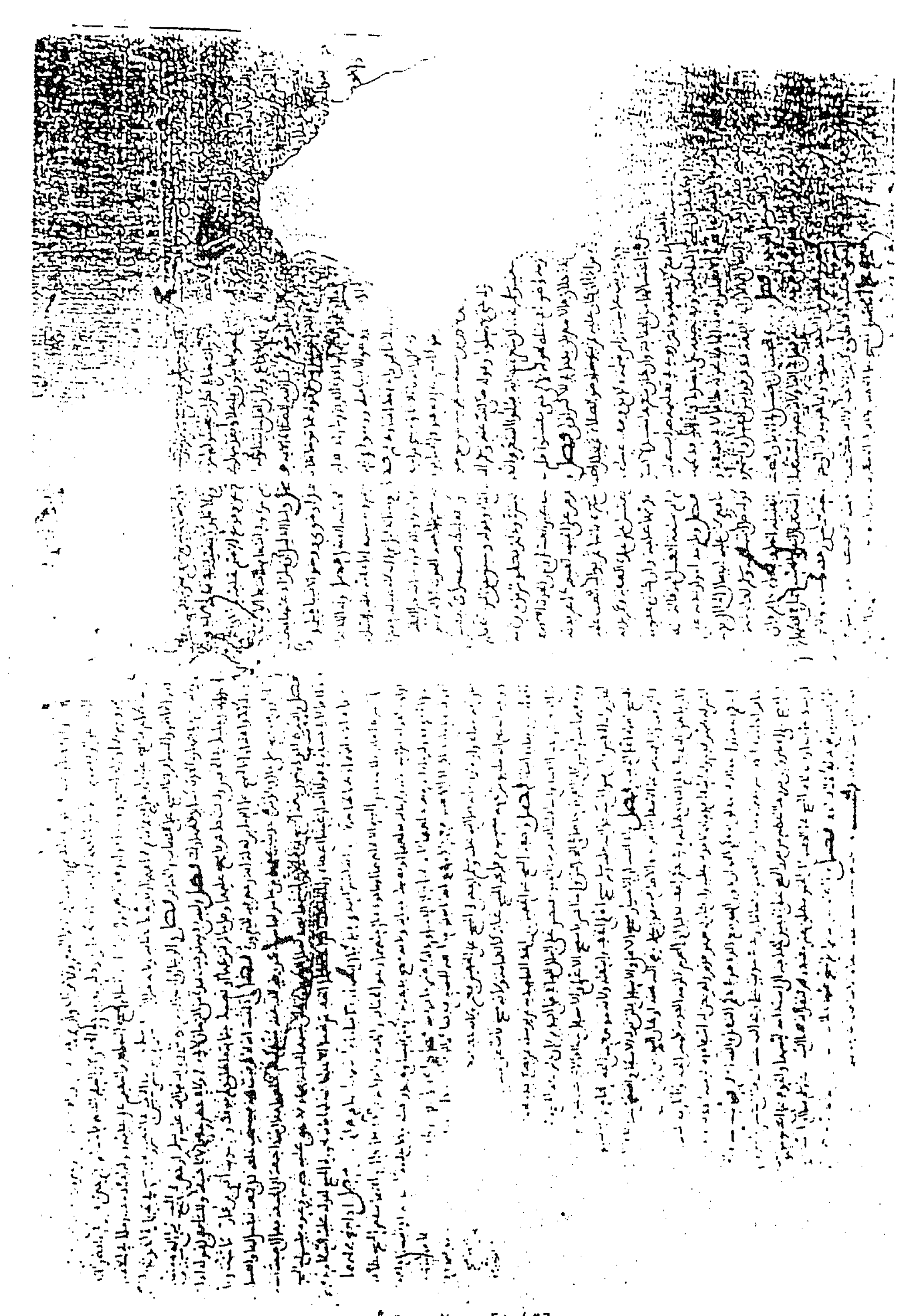
العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon
Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

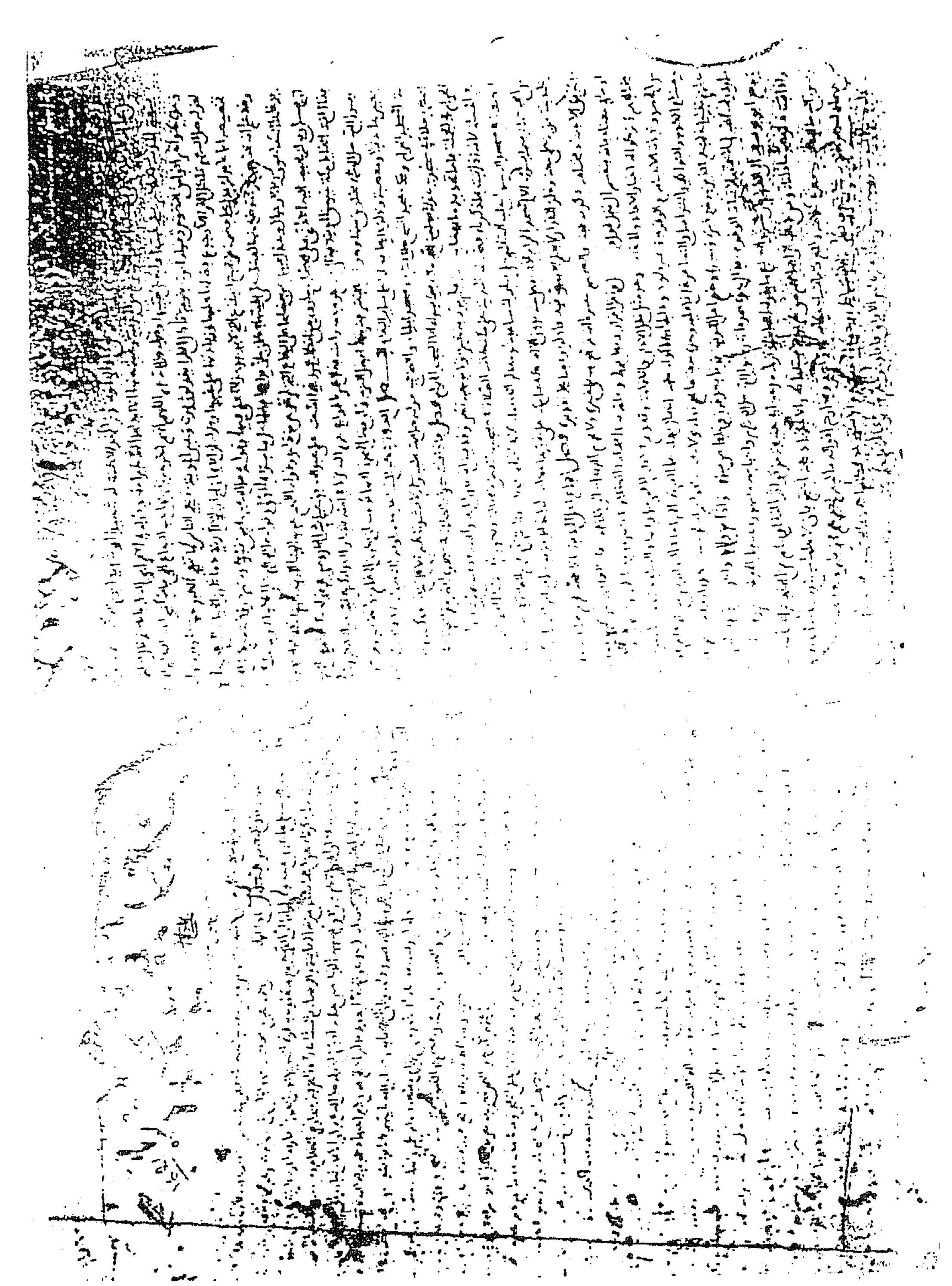
Dar al-Kotob al-Ilmiyah - Publishing House
P.o.box : 11-9424 Beirut - Lebanon
ISBN 2-7451-0015-7
EAN 9782745100153
No 00016
9 782745 100153



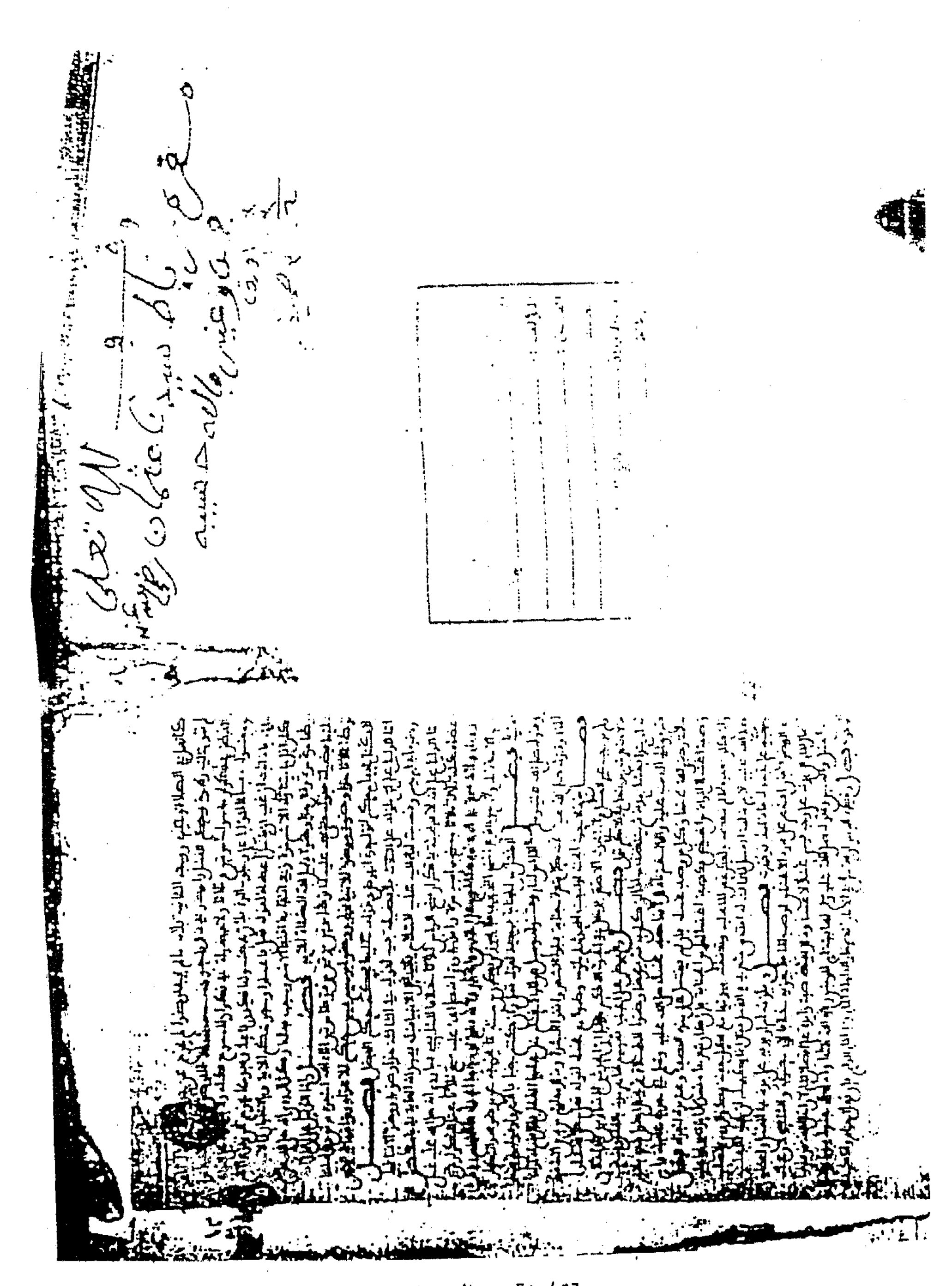
طرة النسخة أ



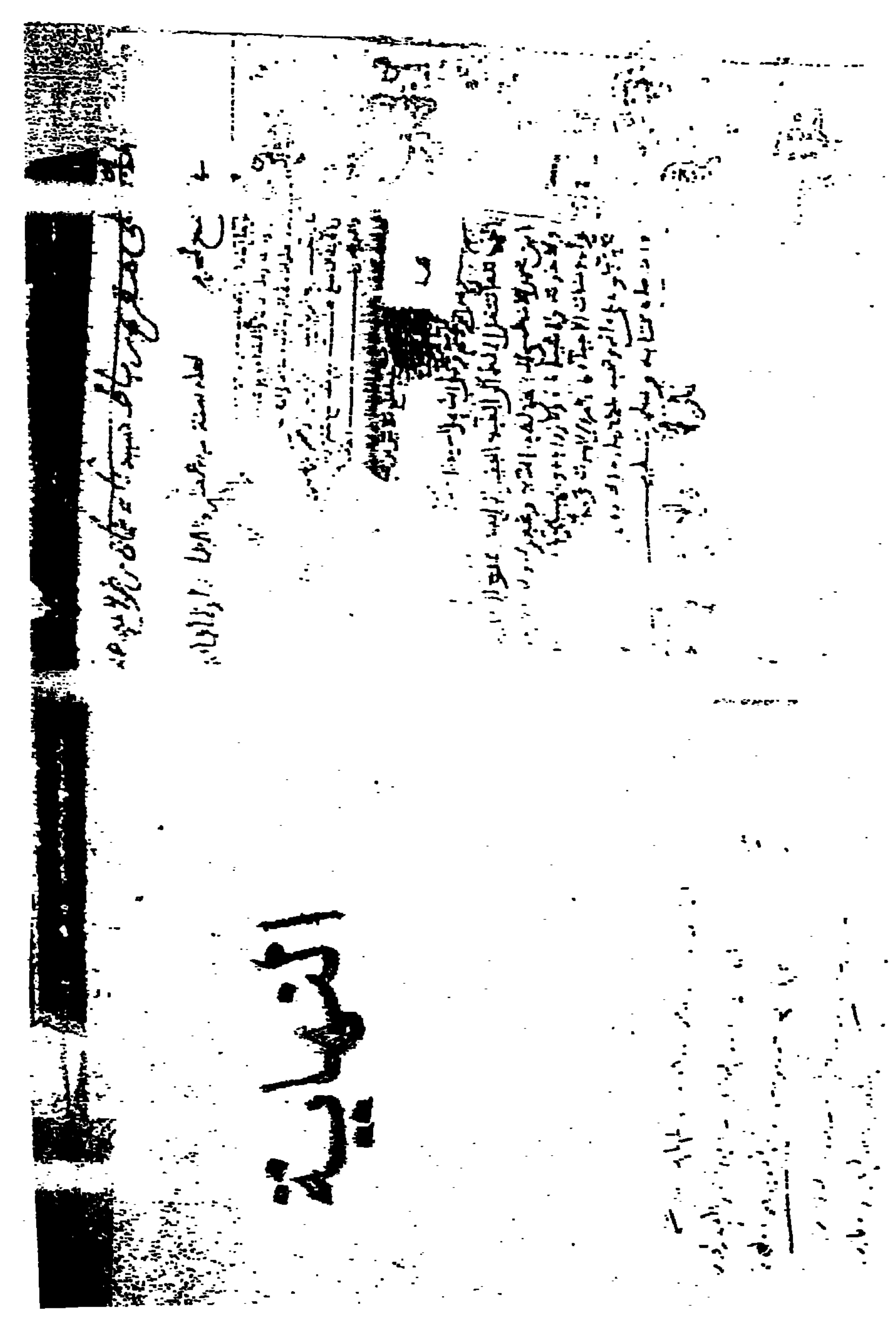
[ق/١] من النسخة أ



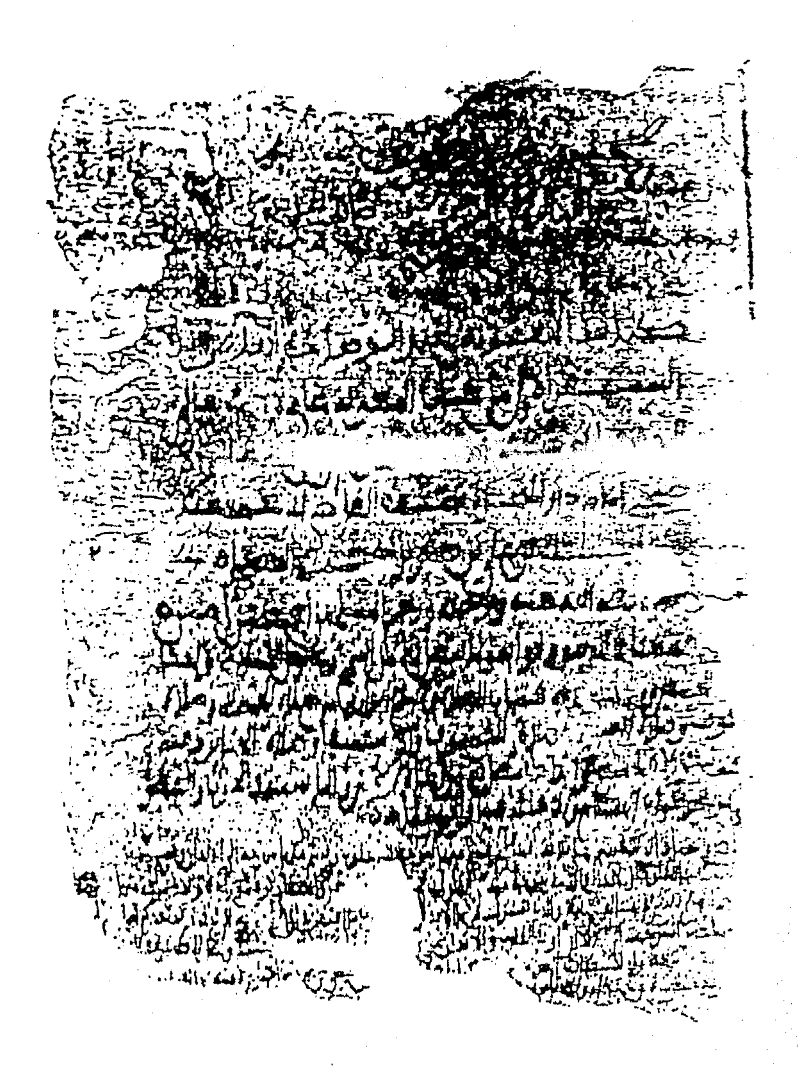
الورقة الأخيرة من النسخة أ



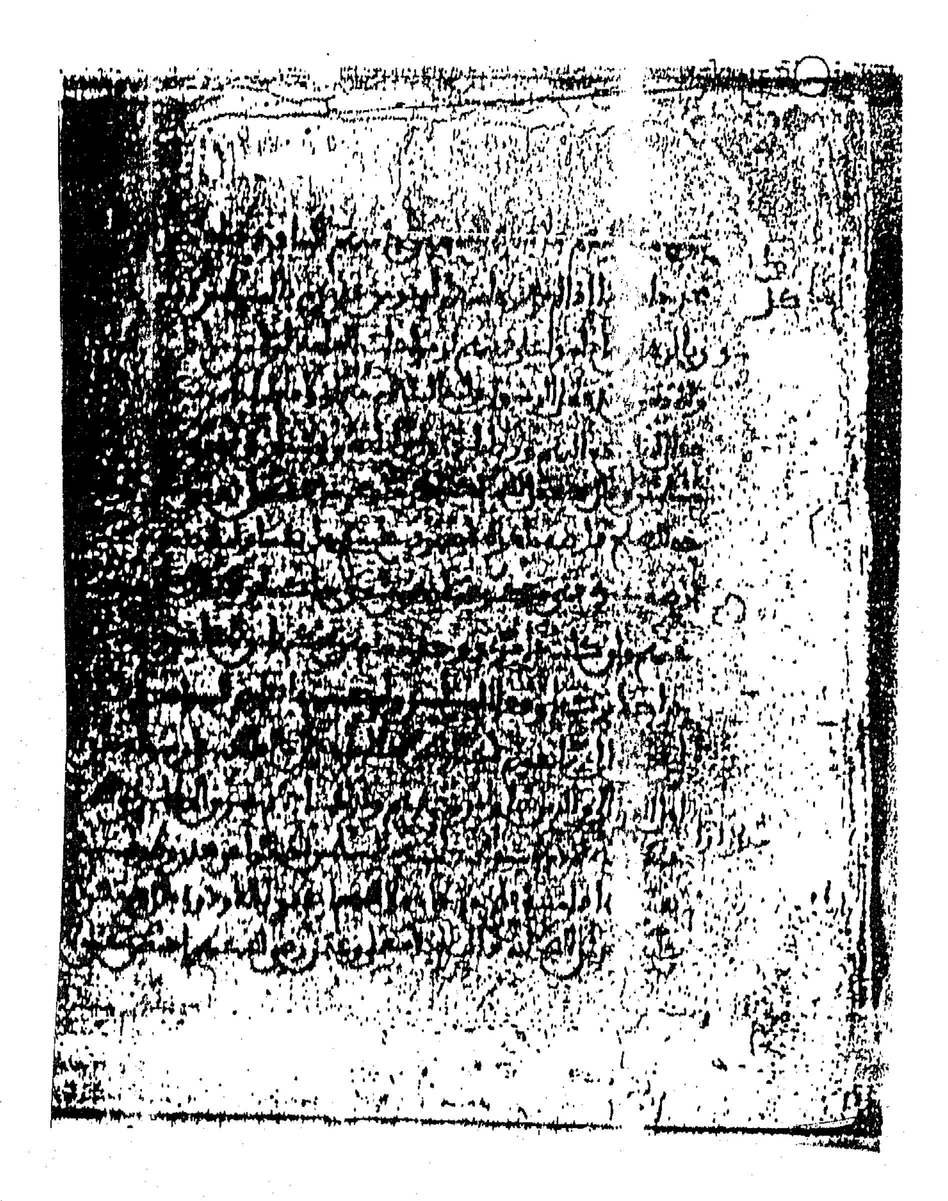
[ق/١] من النسخة ب



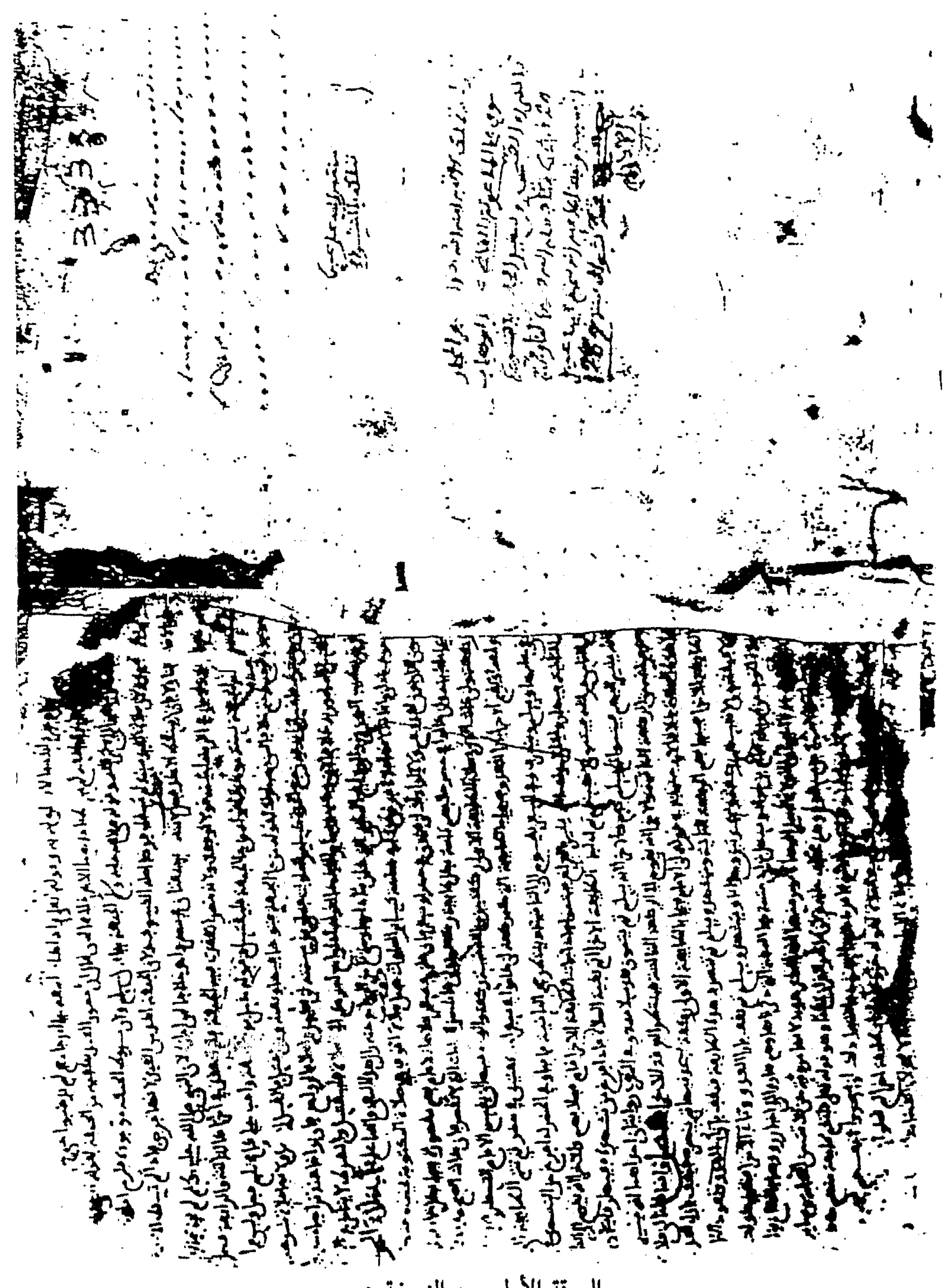
الورقة الأخيرة من النسخة ب



[ق/١] من النسخة ج



الورقة الأخيرة من النسخة ج



الورقة الأولى من النسخة هـ

الفهرس

الموضـــــــــوع | الصفحة

مقدمة التحقيق ٣
ترجمة المصنف ٧
وصف مخطوطات الكتاب ٨
مقدمة المصنف ٩
١ ـ كتاب الطهارة ١١
باب المسح على الخفين ٢٩
باب المسح على العصائب والجبائر ٣٤
باب التيمم ٣٥
باب الوضوء ٤٤
باب الاستنجاء ٥٩
باب فى طهارة الماء ٦١
باب فى الدماء ٦٨
٢ ـ كتاب الصلاة ٧٧
باب الأذان والإقامة ٨٣
باب فى القبلة ٩٠
باب فى ستر العورة ١٠٢
باب فى سجود السهو ١٠٦
باب فى القنوت ١١٣
باب فى الإمامة ١٢٠
باب فى صلاة الجماعة ١٢٥
باب فى الجمع بين الصلاتين ١٢٧
باب فى قضاء الفوائت ١٢٩
باب فى صلاة المسافر ١٣٣
باب الترتيب فى قضاء الفوائت ١٣٨
باب فى المشى إلى الفُرج فى الصلاة ١٤١

الموضـــــــوع | الصفحة

باب فى صلاة العاجز ١٤٣
باب فى الحدث والرعاف فى الصلاة ١٤٥
باب فى سجود التلاوة ١٤٧
باب فى صلاة الجمعة ١٥٨
باب فى صلاة الخوف ١٧١
باب صلاة العيدين ١٧٥
باب صلاة الكسوف ١٨١
باب صلاة الاستسقاء ١٨٥
٣ ـ كتاب الجنائز ١٩٠
باب صفة غسل الميت ١٩٠
باب كفن الميت وحنوطه ومؤونة الدفن ١٩٥
باب وقت الصلاة على الجنائز ١٩٧
٤ ـ كتاب الزكاة ٢٠٧
باب زكاة معادن الذهب والفضة ٢٢٢
باب فى زكاة الإبل ٢٢٥
باب فى زكاة البقر ٢٣١
باب زكاة الغنم ٢٣٣
باب فى زكاة الحبوب والثمار وغيرها ٢٤٦
باب زكاة الفطر ٢٦٠
باب أصناف الذين تجب لهم الصدقات ٢٦٨
باب أخذ الجزية من أهل الذمة ٢٧٣
٥ ـ كتاب الصيام ١٧٩
باب الصوم الشرعى ٢٨٨
باب فيمن أكل أو شرب أو خرم الإمساك ناسيًا وهو صائم ٢٩٣
٦ ـ كتاب الاعتكاف ٣٠٧
٧ ـ كتاب المناسك ٣١٤
باب فى مواقيت الحج ٣٢٣

الموضـــــــوع	الصفحة
باب أركان الحج	٣٢٩
باب الإحرام	٣٣٥
باب من قتل صيداً وهو محرم أو ذبحه أو صاده	٣٤١
باب أضرب الحج	٣٥٥
باب فى دخول مكة والطواف	٣٦٧
باب فى ذكر أعمال الحج	٣٧٣
باب فى الإحصار	٣٨٤
باب فيما يفسد به الحج	٣٨٦
٨ ـ كتاب الجهاد	٣٩٢
٩ ـ كتاب الأيمان والنذور	٤١٢
باب النذر	٤٢٧
١٠ ـ كتاب الأضاحى	٤٣٤
باب العقيقة	٤٤٣
١١ ـ كتاب الصيد	٤٤٧
١٢ ـ كتاب الذبائح	٤٥٥
باب الأطعمة	٤٦١
باب الأشربة	٤٦٨
١٣ ـ كتاب النكاح وأبوابه والطلاق وما يتعلق به	٤٧٣
باب الولى شرط فى صحة عقد النكاح	٤٨٠
باب فى خلع الأب على ولده الصغير	٤٨٧
باب فى الإشهاد على عقد النكاح	٤٩٤
باب فى الصداق	٤٩٨
باب فى عيوب النكاح	٥١٣
باب فى العيوب التى توجد فى الزوج وتمنع الوطء	٥١٧
باب فى متعة الطلاق	٥٢١
باب فى النفقة على الأزواج	٥٢٢
باب فى نكاح المريض المخوف عليه	٥٢٦

الموضـــــوع	الصفحة
باب فى المحرمات من النساء	٥٢٩
باب فيما يحرم الجمع بينه من النساء	٥٤١
باب من التحريم	٥٤٤
باب كم يمكث عند الزوجة الجديدة	٥٤٨
باب فى امرأة المفقود	٥٥٠
باب فى الطلاق	٥٥٤
باب فى طلاق السنة وطلاق البدعة	٥٦٠
باب فى طلاق الصغير والمجنون والسكران والنائم	٥٦٥
باب فى الشهادة على الطلاق	٥٨٣
باب مجرد الخلوة لا يوجب كمال الصداق	٥٨٥
باب فى خيار الأمة إذا أعتقت وهى تحت عبد	٥٨٧
باب فى الخلع	٥٨٩
باب فى الحكمين	٥٩٣
باب فى تمليك المرأة طلاقها	٥٩٥
باب فى الإيلاء	٥٩٨
باب فى الظهار	٦٠٣
باب فى اللعان	٦١٠
باب فى العدة	٦٢٠
باب فى الإحداد	٦٣٢
باب فى النفقة والسكنى للمطلقة الرجعية	٦٣٥
باب فى النفقة على الولد الصغير	٦٣٩
باب فى الحضانة	٦٤١
باب فى استبراء الأمة	٦٤٤
باب فى الرضاع	٦٤٦
الفهرس	٦٥٣

***

الفهرس

الموضـــــوع الصفحة

١٤ ـ كتاب البيوع ٣

باب فى بيع المزابنة ١٠

باب المبيعات على ضربين ١٤

باب المبيع على ثلاثة أضرب ٢٠

باب القرض ٣٤

باب فى بيع السلم قبل قبضه ٣٧

باب فى بيع الثمار ٣٩

باب فى العرية ٤٧

باب فى منع التفاضل فى بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة ٥١

باب فى بيع الغرر ٥٦

باب فى الخيار ٦٥

باب فى بيع السلعة المعيبة ٧١

باب فى عهدة العبد والأمة ٨٢

باب فى منع التفرقة فى البيع بين الأمة وولدها ٨٧

باب فى التصرية ٨٨

باب فى اختلاف المتبايعان فى مقدار الثمن ٩١

باب فى الاستبراء ٩٤

١٥ ـ كتاب الإجارات ٩٨

باب فى الجعالة ١١٩

١٦ ـ كتاب القراض ١٢٢

١٧ ـ كتاب المساقاة وكراء الأرض والمزارعة ١٣١

باب فى كراء الأرض ١٣٧

١٨ ـ كتاب الشركة ١٣٩

١٩ ـ كتاب الرهون ١٤٤

٢٠ ـ كتاب الحجر ١٥٨

الموضــــــــوع	الصفحة

باب فى الحجر على المفلس	١٦٥
باب فى حلول الدين المؤجل	١٦٨
باب إذا اتجر العبد فأدان بغير إذن سيده	١٧١
٢١ ـ كتاب الصلح	١٧٣
باب فى إحياء الموات	١٧٥
باب الوديعة	١٨٢
باب العارية	١٨٥
٢٢ ـ كتاب الغصب والتعدى	١٨٧
باب الاستحقاق	١٩٦
٢٣ ـ كتاب الحوالة	١٩٩
باب الحمالة	٢٠١
٢٤ ـ كتاب الوكالة	٢٠٥
٢٥ ـ كتاب الإقرار	٢١٠
٢٦ ـ كتاب اللقطة	٢٢٢
٢٧ ـ كتاب الشفعة	٢٢٧
٢٨ ـ كتاب القسمة	٢٤٠
باب اللقيط	٢٤٦
٢٩ ـ كتاب الجراح	٢٤٧
باب فى اشتراط تكافؤ الدماء فى القصاص	٢٤٨
باب فى أنواع القتل	٢٥٣
باب فى أنواع الدية	٢٦٣
باب من الديات	٢٧٠
باب فى دية المرأة والكتابى والمجوسى والعبد	٢٧٦
باب فى القسامة	٢٨١
باب الدية موروثة	٢٩٠
باب فى دية الجنين	٢٩٢
باب فى الردة	٢٩٤

الموضــــــــــوع	الصفحة

باب فى حد السحر ٢٩٧
باب فى غسل المقتول من الفئة الباغية والصلاة عليه ٢٩٨
باب فى الحرابة ٢٩٩
باب فى صائل الفحل ٣٠٢
٣٠ ـ كتاب الحدود فى الزنا ٣٠٥
باب فى حد الزانى البكر ٣١١
باب فيما يثبت به الزنا ٣١٤
باب فى حد القذف ٣٢٩
٣١ ـ كتاب القطع ٣٣٧
٣٢ ـ كتاب العتق ٣٥٤
باب فيمن أعتق فى مرضه عبيد لا مال له غيرهم ٣٦٣
باب الولاء ٣٧٠
٣٣ ـ كتاب المكاتب ٣٧٩
٣٤ ـ كتاب المدبر ٣٩٥
٣٥ ـ كتاب أمهات الأولاد ٤٠١
٣٦ ـ كتاب الأقضية والشهادات والدعاوى والبينات وما يتعلق بذلك ٤٠٨
باب العدالة معتبرة فى الشهادة وشرط فى قبولها ٤٢٢
باب فى القدر الذى يلزم فى التزكية ٤٤٠
باب تحمل الشهادة فرض فى الجملة ٤٤٢
باب فى أقسام البينة ٤٤٤
باب فى شهادة الأعمى والأخرس ٤٥٦
باب فى الدعاوى والبينات ٤٦٣
٣٧ ـ كتاب الحبس والوقوف والصدقة والعمرى والرقبى وما يتصل بذلك ٤٨٤
باب عقد الصدقة والهبة يصح ويلزم من غير قبض ٤٩٧
٣٨ ـ كتاب الوصية ٥٠٧
٣٩ ـ كتاب المواريث ٥٣١
باب فيمن يرثون من الرجال والنساء ٥٤٠

الموضــــــــــوع	الصفحة

باب فيمن يحجبون ٥٤٤
باب فى ترتيب المواريث على النسب ٥٥٣
باب فى اجتماع الفروض ٥٦٣
٤٠ ـ كتاب الجامع ٥٦٦
باب فى السلام ٥٧٠
باب فى فضل المدينة والصلاة بها وفضل مالك رحمه الله، وترجيح مذهبه ٦٠٥
الفهرس ٦١٣

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة التحقيق

بسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا، أما بعد[١]:

فاعلم أنه قيل إن آلات العلم أربعة:

الأول: شيخ فتاح: أى لأقفال القلوب، وهو الذى كملت أهليته، واشتهرت صيانته، وكان له فى العلوم الشرعية تمام الاطلاع، وله مع من يوثق به من مشايخ عصره كثرة بحث وطول اجتماع، يفيد التفهم والتعليم ويعامل الطالب بالتأديب، يوضح له العبارة ويجلى له الإشارة، ويجلو مرآة قلبه بلطائف المعارف الواردة من فضل الله تعالى، لفظه دواء ولحظه شفاء ينهض المتوانى حاله، ويدل الجاهل على الله تعالى مقاله، لأن فتح كل واحد ونوره على حسب متبوعه ونوره، وغير خاف أن المشيخة شأنها عظيم وأمرها عال جسيم، وقد ألف العلماء فى بيان آدابها الرسائل العديدة.

ولله در القائل:

من يأخذ العلم عن شيخ مشافهة ... يكن من الزيغ والتحريف فى حرم
ومن يكن آخذًا للعلم عن صحف ... فعلمه عند أهل العلم كالعدم

وقال آخر:

أمدعيًا علمًا وليس بقارئ ... كتابًا على شيخ به يسهل الحزن
أتزعم أن الذهن يوضح مشكلاً ... بلا مخبر تالله قد كذب الذهن
وإن ابتغاء العلم دون معلم ... كموقد مصباح وليس له دهن

وقال آخر:

يظن المرء أن الكتب تجدى ... أخا فهم لإدراك العلوم
وما يدرى الجهول بأن فيها ... غوامض حيرت عقل الفهيم

(١) تسمى فصل الخطاب.

وإذا رمت العلوم بغير شيخ ضللت عن الصراط المستقيم
وتلتبس الأمور عليك حتى تصير أضل من توما الحكيم

والشيخ: بفتح الشين المعجمة لغةً: من استبان فيه الشيب[1].

وفى العرف العام: العاقل أو المحنك بالتجارب أو المرشد[2].

وفى العرف الخاص: الراسخ فى علوم الشرع الثلاثة الإيمان الذى هو مادة علم التوحيد، والإسلام الذى هو مادة علم الفقه، والإحسان الذى هو مادة علم المطلوب فى علم السلوك والحقيقة[3].

والثانى: عقل رجاح أى عظيم الرجحان بمعنى الرزانة وذلك لأنه منبع العلم وأسّه، ولولا العقل ما كان العلم، وإذا كان راجحًا ـ أى: رزينًا ـ كان صاحبه كثير التثبت والتأمل فيسلم من شين الخطأ كلامه، ويتحلى بزين الصواب نثره ونظامه[4].

والثالث: كتب صحاح، لأنها أعون شىء على تحصيل العلم وبقائه إذ ما كتب قرّ، وما حفظ فرّ، وفى الحديث «قيدوا العلم بالكتابة»[5]. وقد نص العلماء على أن كتابة العلم فرض كفاية، وإنما قيدت بكونها صحاحًا، أى بريئة من كل عيب كالنقص، والتحريف، لأنه لا يجوز النقل من نسخة كتاب إلا إن وثق بصحتها وإن لم يتصل سند الناقل بمؤلفها، أو تعددت تعددًا يغلب على الظن صحتها، أو رأى لفظها منتظمًا، وهو خبير فطن يدرك السقط، والتحريف، فإن انتفى ذلك قال: وجدت كذا أو نحوه[6].

---

(١) قال الشيخ الفيروزآبادى: هو من استبانت فيه السن. انظر القاموس المحيط (١/ ٢٦١).

(٢) انظر: السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص٢٤).

(٣) انظر: السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص٢٤).

(٤) انظر: السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص٢٤).

(٥) أخرجه الطبرانى فى الأوسط (١/ ٢٥٩) ح (٨٨)، والحاكم فى «مستدركه» فى العلم (١/ ٤٠٦)، والخطيب فى تاريخه (١٠/ ٤٦)، وابن عدى فى الكامل (٢/ ٧٩٣).

وعزاه الحافظ العجلونى لأبى نعيم، والعسكرى، ونقل عنه أنه قال: ما أحسبه من كلام النبى صلى الله عليه وآله وسلم بل من قول أنس رضى الله عنه، فقد روى عبد الله بن المثنى عن ثمامة أنه قال: كان أنس يقول لبنيه: (يا بنىّ قيدوا العلم بالكتابة). فهذا علة الحديث. انظر كشف الخفاء للعجلونى (١/ ١٢٩ ـ ١٣٠) ح (٣٢٨).

(٦) انظر: السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص٢٤).

والرابع: مـداومة وإلحـاح: أى مداومـة على الدرس، والتكرار، والملازمـة لخدمـة العلم، مع الجد والاجتهاد فى تحصيله وتفهمه، وقد قيل:

اطلب ولا تضجرن من مطلب فآفة الطالب أن يضجرا

أما ترى الحبل بتكراره فى الصخرة الصماء قد أثرا

والأولى المواظبة على الدرس والتكرار لما قرأه أول الليل وآخره، فإن ما بين العشاءين مبارك، ووقت السحر أبرك، وقيل:

يا طالب العلم باشر الورعا وجانب النوم واحذر الشبعا

داوم على الدرس لا تفارقه فالعلم بالدرس قام وارتفعا

والإلحاح والإكثار من طلبه وتحصيله، لأن طلب الشىء من وجهٍ واحدٍ مع الإلحاح أقرب لنواله، والعلم بالمداومة والإلحاح، يصير ملكة أى هيئة راسخة فى النفس.

فائدة [١]:

الملكات ثلاث: ملكة الاستحصال وهى كيفية راسخة فى النفس تستعد بها النفس استعدادًا قريبًا لقبول ملكة الاستخراج، وتحصل هذه الملكة بأخذ أوائل العلوم ومباديها الأولية من أفواه الرجال. وتليها ملكة الاستخراج وهى التى تستخرج بها المعانى من العبارات الواردة عليها بسهولة من غير مشقة، وتحصل هذه الملكة بإتقان العلوم الآلية وبالمواظبة على المطالعة، وتليها ملكة الاستحضار، وهى التى بها تستخرج النفس به المعانى والعلوم الغائبة عنها متى شاءت بسهولة من غير تجشم مراجعة إلى محلها من الكتب، وهى أعز الملكات[٢].

واعلم أن طالب العلم متزوج لأنه ذلج العلم بين أفخاذ النساء، والعلم إذا لم تعطه كلك لم يعطك بعضه.

العلم حوب للفتى المتعالى كالسيل حوب للمكان العالى

---

(١) الفائدة لغة: ما استفيد من علم أو مال. انظر القاموس المحيط (١/ ٣٢١).
واصطلاحًا: المسألة المرتبة على الفعل من حيث هى كذلك.
وعرفت بأنها كل نفع دينى أو دنيوى. انظر السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص٦٣).

(٢) انظر: السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص٢٧).

وقال بعضهم: المختص بالمتعلم من التوفيق أربعة أشياء: ذكاء القريحة، وطبيعة صحيحة، وعناية مليحة، ومعلم ذو نصيحة، وبعضهم جعلها ستًا ولذلك قال:

أخي لن تنال العلم إلا بستة سأنبيك عن تفصيلها ببيان

ذكاء وحرص واجتهاد وبلغة وإرشاد أستاذ وطول زمان

وإذا جمع المتعلم ثلاث خصال فقد تمت النعمة على المعلم: العقل، والأدب، وحسن الجمع.

وإذا جمع المعلم ثلاث خصال فقد تمت النعمة على المتعلم: الصبر، والتواضع، وحسن الخلق.

والحاصل: أن شروط العلم كثيرة فكن فيها على بصيرة، فإن الراحة والمطاعم الدسيمة، واختلال العزم، وفتور الهمة لا تجلب إلا الخيبة والجهالة والغرور[1].

﴿ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور﴾ [النور: ٤٠].

والله سبحانه وتعالى ولى التوفيق، وصارف التعويق، نسأله من فضله أن يوفقنا ويعيننا وأن يحفظ علينا إيماننا وأدياننا، وأن يلهمنا ويعلمنا ما جهلناه.

طالب العلم / محمد فارس

(١) انظر: السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص٣١).

ترجمة المصنف

هو أبو محمد عبد الوهاب بن على بن نصر بن أحمد بن الحسين بن هارون بن أمير العرب مالك بن طوق التغلبى البغدادى العراقى المالكى. ولد ببغداد سنة (٣٦٢هـ)، وكانت ولادته فى بيت علم فكان أخوه محمد بن على بن نصر أديبًا.

وتعلم القاضى على يد مشايخ منهم: الأبهرى، والقاضى الباقلانى، وأبو القاسم بن الجلاب، والعسكرى، وابن شاهين، وابن القصار، وابن شاذان، وغيرهم.

وقد خرج القاضى ـ رحمه الله ـ من العراق إلى مصر وتولى فيها القضاء. وقد كان زاهدًا عابدًا كثير الحفظ، جيد العبارة فقيهًا أديبًا، وكان شيخ المالكية فى عصره وعالمهم.

وبلغ درجة فى العلم والتأليف وانشغاله بهما أنه لما توفى أراد أهل زوجته أن يزوجوها، فقالت لهم: إذا عزمتم فزوجونى على أنى بكر. فلما استفسروا عن ذلك، قالت: أول ليلة دخل على صلّى ركعتين وجلس ينظر فى كتبه ولم يرفع رأسه، ثم كذلك فى سائر أيامه، فتزينت يومًا ثم لعبت بين يديه، فرفع رأسه ونظر إلىّ وتبسم وأخذ القلم الذى بيده فجره على وجهى وأفسد به زينتى ثم أكب رأسه على كتبه لم يرفعه بعد ذلك حتى انتقل إلى ربه عز وجل.

وللقاضى آثار علمية جلية، منها: «المعونة فى الفقه على مذهب الإمام مالك» وهو كتابنا هذا. و «التلقين» وهو مختصر لفقه الإمام مالك. و «عيون المسائل». و «اختصار عيون الأدلة» . و «الإشراف على مسائل الخلاف» . و «البروق فى مسائل الفقه» . و«التلخيص فى أصول الفقه». و «المفاخر فى أصول الفقه». و «غرر المحاضرة ورءوس مسائل المناظرة». و «الإفادة». وهو فى أصول الفقه. وغيرها من الكتب.

توفى ـ رحمه الله ـ بمصر سنة اثنتين وعشرين وأربعمائة (٤٢٢هـ)، ودفن عن قرب من قبر إمامنا المعظم الشافعى ـ رضى الله عنه ـ[1].

(١) انظر ترجمته فى: سير أعلام النبلاء للحافظ الذهبى (٤٢٩/١٧)، شذرات الذهب (٢٢٣/٣)، وفيات الأعيان (٣/ ٢٢٠)، الديباج المذهب (٢٦/٢)، تاريخ بغداد (١١/ ٣١)، حسن المحاضرة للسيوطى (٣١٤/١)، البداية والنهاية لابن كثير (٣٣/١٣)، العبر للذهبى (٣/ ١٤٠)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضى عياض (٧/ ٢٢٠).

وصف مخطوطات الكتاب

لقد استعنا بفضل الواحد الأحد الفرد الصمد الذى لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد فى تحقيق هذا الكتاب العظيم على أربع نسخ خطية:

أحدها: نسخة القرويين تحت رقم (٧٧٧) وتقع فى (١٦٢/ق). وبها نقص فى أولها والورقة الأخيره، وأشرت إليه فى التحقيق، ورمزها (أ). وهذه النسخة هى معتمد تحقيقنا.

والثانية: نسخة الأسكوريال أسبانيا تحت رقم (١١٩٦) وهى ناقصة، عدد أوراقها (١٢٨/ق)، ورمزت لها بالرمز (جـ).

والثالثة: نسخة المدينة المنورة تحت رقم (١٥٨) وقف الخليفة عثمان ـ رضى الله عنه ـ وفيها سقط كثير ورمزت لها بالرمز (ب).

والرابعة: نسخة الرباط وتقع فى (١٣٨/ق) وهى ناقصة أيضاً ورمزت لها بالرمز (هـ) أو (ء).

ولقد كملت هذه النسخ مجتمعة الكتاب حتى أخرجته فى هذا الثوب البسيط الزهيد.

ولا يسعنى فى النهاية إلا أن أقدم شكرى لمشايخى الذين أخرجونى من الجهل إلى نور طلب العلم كالشيخ الحسينى الشيخ: الأستاذ المتفرغ فى كلية الشريعة جامعة الأزهر.

والمغفور له الشيخ جاد الرب رمضان سيد فقهاء الشافعية فى هذا العصر.

والمغفور له الشيخ محمد أنيس عبادة ـ رحمه الله ـ: صاحب التآليف والمناهج العلمية فى الفقة والأصول الحنفى.

والدكتور كمال عبد العظيم العنانى ـ الشافعى ـ جزاه الله عنا وعن المسلمين خير الجزاء. ولكل من شاركنا فى تحقيق هذا الكتاب وهم:

أ/ أحمد محروس ، و أ/علاء على غريب ، وخالد حسين.

والله الموفق المعين

طالب العلم / محمد حسن محمد حسن

الشهير بـ (محمد فارس)

١٤ ربيع الأول ١٤١٨هـ

بسم الله الرحمن الرحيم (١)

[مقدمة المصنف]

قال القاضى أبو محمد عبد الوهاب بن على بن نصر البغدادى المالكى رحمه الله:

اللهم إنا نحمدك بجميع محامدك ونثنى عليك بجلالك وكرمك، نسألك العصمة والسلامة من كل ضلالة وبدعة وحيرة وشبهة، ونرغب إليك فى كل ما أزلف لديك وقرب من رضوانك وبعد من سخطك وأنت السميع القريب اللطيف المجيب وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب، وصلواته على محمد خاتم النبيين وآله الطيبين وصحابته [وأزواجه وذريته](٢) وسلامه وتشريفه وإكرامه.

أما بعد(٣):

يا أخى حفظك الله وحفظ عليك دينك وأمانتك وخواتيم عملك وجعلك ممن يقصدون بعلمهم رحمته وطلب ما عنده، فإنك ذكرتنا وقوفك على شرحنا كتاب «الرسالة» لأبى محمد عبد الله بن أبى زيد رحمة الله عليه، وما رأيته منطويًا عليه من

(١) قال الشيخ الدسوقى: الإتيان بهذه الجملة فعل من الأفعال، وحينئذ فيقال: إن حكم البسملة الأصلى الندب لأنها ذكر من الأذكار، والأصل فى الأذكار أن تكون مندوبة، ويتأكد الندب فى الإتيان بها فى أوائل ذوات البال ولو شعرًا كما انحط عليه كلام الحطاب، وحكى الخلاف قبل ذلك عن الشعبى والزهرى وحمله على شعر غير العلم والوعظ، ثم تعرض لها الكراهة وذلك فى صلاة الفريضة على المشهور من المذهب، وعند الأمور المكروهة كشراب الخليطين وتحرم إذا أتى بها الجنب على أنها من القرآن، لا على أنها ذكر بقصد التحصن، وكذا تحرم عند الإتيان بالحرام على الأظهر. وقيل: بكراهتها فى تلك الحالة، وارتضاه الشيخ الصعيدى العدوى فى حاشية الخرشى، وتحرم فى ابتداء براءة عند ابن حجر، وقال الرملى بالكراهة، وأما فى أثنائها فتكره عند الأول وتندب عند الثانى. قال الشيخ الدسوقى: ولم أر لأهل مذهبنا شيئًا فى ذلك. وليس لها حالة وجوب إلا بالنذر، ولا يقال إن البسملة واجبة عند الذكاة مع الذكر والقدرة لأنا نقول الواجب مطلق ذكر الله لا خصوص البسملة كما عليه المحققون. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١/٣ ـ ٤).

(٢) بياض فى الأصل.

(٣) تسمى فصل الخطاب. انظر السبع كتب مفيدة لعلوى السقاف (ص ٦٢).

[بسط][1] الأدلة[2] والحجاج وإشباع الكلام فى مسائل[3] الخلاف، وعلى الكتاب المترجم «بالممهد»، وما حواه من المسائل والتفريعات واختلاف الوجوه والروايات، وذكرت بعد حفظ ذلك على الشادى[4]، وتعذر ضبطه على المبتدئ، وسألتنا تجديد نية فى عمل مختصر لك [سهل][5] المحمل قريب المأخذ يقتصر فيه على ما لا [بد منه][6]، ولا عناء عنه ليسهل على المتلقن مأخذه ويقرب على المبتدئ [تفقهه] وحفظه، وليكون إلى ذينك الكتابين مدخلاً، والتى يحفظ ما أودعناه فيهما وموصلاً، فأجبتك إلى مسألتك وأسعفتك لطلبك مستخيراً الله سبحانه فى ذلك راغباً إليه فى النفع به والمعونة عليه، وهو جل اسمه ولى الإجابة ومبلغ الطلبة بمنه وعونه وهو حسبى ونعم الوكيل.

* * *

---

(١) طمس فى أ، جـ.

(٢) جمع دليل وهو: الفعيل فى الدال كالعليم فى العالم والقدير فى القادر وهو الهادى. أو تقول هو الكاشف عن المدلول. وهو الناصب للدلالة الفاعل لها. فمن وجد منه نصب الدلالة يقال له: دال. ومن كثر منه نصب الدلالة وفعلها يقال له: دليل. انظر الكافية فى الجدل لإمام الحرمين (ص ٤٦).

(٣) جمع مسألة وهى لغة: السؤال. وعرفاً: مطلوب خبرى يبرهن عليه فى العلم. انظر حاشية القليوبى على المنهاج (١/١٦).

(٤) قال فى القاموس: شدا: أخذ طرفاً من الأدب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٣٤٧).

(٥) بياض فى أ، جـ. وأثبتناه من عندنا.

(٦) بياض فى أ، جـ. وأثبتناه من عندنا.

١
كتاب(١) الطهارة (٢)

الوضوء(٣) من الحدث(٤) فريضة واجبة لقوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾ الآية [المائدة:٦]، وقوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور»(٥)، و: «لا تتم صلاة أحد حتى يسبغ الوضوء كما أمره الله تعالى»(٦)، وقوله

---

(١) الكتاب لغة: الجمع والضم. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ١٢٠). واصطلاحًا: اسم لجملة مختصة من العلم مشتملة على أبواب، وفصول، ومسائل غالبًا. انظر الإقناع لحل ألفاظ أبى شجاع (١/ ١٥).

(٢) الطهارة بضم الطاء: اسم للماء الذى يتطهر به. وبالكسر اسم لما يضاف إلى الماء من سدر ونحوه. وبالفتح وهو المراد هنا. لغة: النظافة والخلوص من الأدناس حسية كانت كالنجاسات أو معنوية كالعيوب من الحقد والحسد والزنا والغيبة والنميمة ونحوها. فهى حقيقة فيهما وصححه البلقينى. وقيل: مجاز فى أحدهما. وقيل: مشتركة. حاشية القليوبى على المنهاج (١/ ١٧).
واصطلاحًا: عرفها ابن عرفة بأنها: صفة حكمية توجب لموصفها صحة الصلاة به أو فيه أو له. فالأوليان من خبث والأخيرة من حدث. انظر الحدود لابن عرفة ومع شرح الرصاع (١/ ٧١).

(٣) الوضوء لغة: النظافة، لأن أصله من الوضاءة، وهى النضارة والحسن. انظر حاشية القليوبى (١/ ٤٤). وأما اصطلاحًا فقال الشيخ الرصاع: ويمكن أن يقال فى حد الوضوء: غسل ومسح فى أعضاء مخصوصة لرفع حدث. ثم قال: وفيه ما لا يخفى من البحث. انظر شرح الرصاع على حدود ابن عرفة (١/ ٩٤).

(٤) الحدث لغة: الشىء الحادث. انظر القاموس المحيط (١/ ١٦٤). واصطلاحًا: صفة حكمية توجب لموصفها منع استباحة الصلاة له. انظر شرح الرصاع على حدود ابن عرفة (١/ ٨٦).

(٥) أخرجه مسلم: الطهارة (١/ ٢٠٤) ح (١/ ٢٢٤) وأبو داود: الطهارة (١/ ١٥) ح (٥٩)، والترمذى: الطهارة (١/ ٥) ح (١)، والنسائى: الطهارة (١/ ٧٥) (باب فرض الوضوء)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٠٠) ح (٢٧٤)، والدارمى: الطهارة (١/ ١٨٥) ح (٦٨٦)، وأحمد: المسند (٢/ ٢٨) ح (٤٦٩٩).

(٦) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٢٥) ح (٨٥٨)، والترمذى: الصلاة (٢/ ١٠٠) ح (٣٠٢)، وقال: حسن، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٥٦) ح (٤٦٠) انظر تلخيص الحبير (١/ ٧٠) ح (١٠).

عليه السلام لما توضأ مرة: «هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به»[١]، ولا خلاف في ذلك[٢].

فصل[٣]

والسواك:[٤] مندوب[٥] إليه[٦]، لقوله ﷺ: «ما لكم تدخلون عليَّ قلحًا استاكوا»[٧]، وقوله ﷺ: «لولا[٨] أن أشق[٩] على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل

(١) أخرجه ابن ماجه: الطهارة (١/ ١٤٥) ح (٤١٩) وإسناده ضعيف جدًا فيه: عبد الرحيم بن زيد وهو متروك، بل كذاب، والبيهقي في الكبرى (١/ ١٣٠) ح (٣٧٩) والدارقطني: سننه (١/ ٨٠) ح (٤). انظر تلخيص الحبير (١/ ٩٣) ح (١٢).

(٢) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الصلاة لا تجزىء إلا بطهارة إذا وجد المرء إليها السبيل، انظر الإجماع (ص ٣١).

(٣) الفصل لغة: الحاجز بين الشيئين. انظر القاموس المحيط (٤/ ٣٠). واصطلاحًا: جملة مختصة من العلم تحتوي على مسائل غالبًا. انظر السبع كتب مفيدة لعلوي السقاف (ص ٦٢).

(٤) أي استعماله المعبر عنه بالاستياك فالأحكام الشرعية تتعلق بالأفعال لا بالذوات.

(٥) وإن كان بأصبع فإنه يكفي في الاستحباب عند عدم غيره. قال الشيخ الدسوقي: أي عند عدم العود الذي من أراك ونحوه. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ١٠٢).

(٦) سواء أكان من أراك أو غيره كالجريد وخشب التوت والجميز والزيتون والشيء الخشن كطرف الجبة والثوب. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ١٠٢).

(٧) أخرجه أحمد: المسند (١/ ٢٨٠) ح (١٨٤٠) بلفظ « ما لي أراكم تأتوني قلحًا! استاكوا، . . . » والطبراني في الكبير (٢/ ٦٤) ح (١٣٠٢ - ١٣٠٣) ولفظه له. انظر تلخيص الحبير (١/ ٨٠).

(٨) قال القاضي البيضاوي: (لولا): كلمة تدل على انتفاء الشيء لثبوت غيره. والحق أنها مركبة من (لو) الدالة على انتفاء الشيء لانتفاء غيره و (لا) النافية، فدل الحديث على انتفاء الأمر لثبوت المشقة، لأن انتفاء النفي ثبوت، فيكون الأمر منفيًا لثبوت المشقة. قال الحافظ ابن حجر: وفيه دليل على أن الأمر للوجوب من وجهين: أحدهما: أنه نفى الأمر مع ثبوت الندبية، ولو كان للندب لما جاز النفي. ثانيهما: أنه جعل الأمر مشقة عليهم، وذلك إنما يتحقق إذا كان الأمر للوجوب، إذ الندب لا مشقة فيه لأنه جائز الترك. وقال الشيخ أبو إسحاق في (اللمع): في هذا الحديث دليل على أن الاستدعاء على جهة الندب ليس بأمر حقيقة لأن السواك عند كل صلاة مندوب إليه، وقد أخبر الشارع أنه لم يأمر به. وقال الإمام الشافعي: فيه دليل على أن السواك ليس بواجب. لأنه لو كان واجبًا لأمرهم، شق عليهم به أو لم يشق. انظر فتح الباري (٢/ ٤٣٦).

(٩) استدل به على أن الأمر يقتضي التكرار، لأن الحديث دل على كون المشقة هي المانعة في الأمر بالسواك، ولا مشقة في وجوب مرة، وإنما المشقة في وجوب التكرار. قال الحافظ ابن حجر: =

صلاة»[١]، ولأنه من النظافة وهى مندوب إليها[٢].

فصل

وليس بواجب[٣] خلافًا لمن حكى عنه وجوبه[٤] لقوله ﷺ: «ثلاثة كتبت على ولم تكتب عليكم: فذكر السواك»[٥]، ولأن المقصود منه إزالة الرائحة عن الفم فأشبه غسل الفم من الخمر.

= وفى هذا البحث نظر، لأن التكرار لم يؤخذ هنا من مجرد الأمر، وإنما أخذ من تقييده بكل صلاة. انظر فتح البارى (٢/ ٤٣٧).

(١) أخرجه البخارى: الجمعة (٢/ ٤٣٥) ح (٨٨٧)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٢٠) ح (٤٢/ ٢٥٢).

(٢) ولذلك يندب لقراءة قرآن، وانتباه من نوم وتغير فم بأكل أو شرب أو طول سكوت أو كثرة كلام. انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/ ١٠٣).

وقال ابن عبد البر: ويستحب السواك لكل صلاة، ومع تغير الفم. انظر الكافى (١/ ١٧١).

(٣) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/ ١٠٢). الكافى لابن عبد البر (١/ ١٧١). قال الحافظ ابن حجر: وإلى القول بعدم وجوبه صار أكثر أهل العلم، بل ادعى بعضهم فيه الإجماع. انظر فتح البارى (٢/ ٤٣٦).

وقال الشيخ موفق الدين المقدسى: أكثر أهل العلم يرون السواك سنة غير واجب. انظر المغنى لموفق الدين (١/ ٧٨). وقال الشيخ النووى: السواك سنة فى مذهبنا ومذهب العلماء كافة. انظر شرح المهذب (١/ ٢٧١).

(٤) قال الشيخ النووى: حكاه الشيخ أبو حامد، وأكثر أصحابنا عن داود. ونقله الشيخ الماوردى فى الحادى عن داود أنه أوجبه ولم يبطل الصلاة بتركه. قال: وقال إسحاق بن راهويه هو واجب فإن تركه عمدًا بطلت صلاته. قال الشيخ النووى: وهذا النقل عن إسحاق غير معروف ولا يصح عنه. قال: وقال القاضى أبو الطيب والعبدرى: غلط الشيخ أبو حامد فى حكايته وجوبه عن داود بل مذهب داود أنه سنة لأن أصحابنا نصوا أنه سنة وأنكروا وجوبه. قال الشيخ النووى: ولا يلزم من هذا الرد على أبى حامد. انظر شرح المهذب (١/ ٢٧١) حلية العلماء للشاشى (١/ ٦٩) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣١ ـ ٣٢).

(٥) ذكره الحافظ الزيلعى بلفظ «ثلاث من أخلاق المرسلين: تعجيل الإفطار، وتأخير السحور، والسواك انظر نصب الراية (٢/ ٤٧٠). وأخرجه الترمذى: النكاح (٣/ ٣٨٢) ح (١٠٨٠) بلفظ «أربع من سنن المرسلين.. » فذكر السواك وقال: حديث حسن غريب. انظر تلخيص الحبير (١/ ٧٧).

مسألة

والنية[١] شرط[٢] فى طهارات الأحداث[٣] كلها[٤] خلافًا لأبى حنيفة[٥] إذ يزعم أنها غير واجبة فى الوضوء والغسل[٦]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ [المائدة:٦]، فهو من الصلاة، وقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى»[٧]،

---

(١) النية لغة: القصد أو العزم. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٣٩٧).
وشرعًا: القصد المقارن للفعل. انظر حاشية القليوبى على المنهاج (١/ ٤٥).
وقال ابن عرفة: هى القصد به رفع الحدث. انظر حدود ابن عرفة ومعه شرح الرصاع (١/ ٩٤).
قال الشيخ الدسوقى: والنية فى باب القصود والإرادات لا من باب العلوم والاعتقادات. وحينئذ فهى من كسب العبد لأن القصد إلى الشىء توجه النفس إليه فقول الشيخ الزرقانى: إن النية ليست فى كسب المتوضئ فيه نظر. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ٩٣).
قال الشيخ عليش: قد صدق الشيخ الزرقانى فإن الكسب بالمعنى الحاصل بالمصدر الحركات والسكنات المكلف بها فى المشهور لأنها الوجودية، وبالمعنى المصدرى تعلق القدرة الحادثة والنية ليست واحدًا منهما لأنها القصد وهو تعلق الإرادة فهى الاختيار كما قال شيخنا وصح التكليف بها وإن لم تكن مكتسبة لأنها من مقدمات المكتسب، ولذا بحث بعضهم فى عدها ركنًا، بأن الركن داخل الماهية، والقصد إلى الشىء خارج عن الشىء لكن لا مشاحة فى الاصطلاح. وقد قال بعض علماء الميزان: الفرق بين الذاتى والعرضى اصطلاح. انظر تقرير الشيخ عليش مع الدسوقى (١/ ٩٣).

(٢) الشرط لغة: العلامة. واصطلاحًا: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ولا يشتمل على شىء من المناسبة فى ذاته بل فى غيره. انظر تهذيب الفروق والقواعد السنية لمحمد على المكى (١/ ٦٠).

(٣) والمقصود هنا طهارات الماء كما عبر به شيخ الإسلام موفق الدين. انظر المغنى(١/ ٩١).

(٤) وهو قول الخليفة على عليه السلام وبه قال ربيعة والإمام الشافعى والليث وإسحاق وأبو عبيدة وابن المنذر والإمام أحمد وأبو ثور وأبو عبيد وداود. انظر شرح المهذب (١/ ٣١٢ ـ ٣١٣). المغنى لموفق الدين (١/ ٩١).

(٥) مع اشتراطها فى التيمم وهو قول الثورى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١/ ١٩)، الاختيار للموصلى (١/ ١٢)، إيثار الإنصاف لسبط ابن الجوزى (ص ٤٢)، تحفة الفقهاء للسمرقندى (ص ٧)، شرح المهذب (١/ ٣١٣)، المغنى لموفق الدين (١/ ٩١)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٤٦).

(٦) قال الشيخ النووى: وذهبت طائفة إلى أنه يصح الوضوء والغسل والتيمم بلا نية، حكاه ابن المنذر عن الأوزاعى والحسن بن صالح. قال: وحكاه أصحابنا عنهما وعن زفر. انظر شرح المهذب (١/ ٣١٣).

(٧) أخرجه البخارى: بدء الوحى (١/ ١٥) ح (١). ومسلم: الإمارة (٣/ ١٥١٥) ح (١٥٥/ ١٩٠٧).

ولأنها طهارة عن حدث كالتيمم، ولأنها عبادة متقرب بها كالصلاة والصيام.

فصل

ومحل النية:[١] القلب، وصفتها: أن يقصد بقلبه ما يريده بفعله وليس عليه نطق بلسانه، ويلزم المتوضىء أن ينوى بوضوئه الطهر من الحدث، ومعنى ذلك استباحة كل فعل كان الحدث مانعًا منه[٢]، فإن نوى استباحة فعل بعينه فالأفعال على ضربين: منها ما يجوز فعله مع الحدث، ومنها ما لا يجوز إلا مع ارتفاع حكمه. فالأول مثل القراءة ظاهرًا، ودخول المسجد وكتابة العلم ودرسه، كل هذا يجوز مع الحدث الأصغر، فإن نواه بوضوئه، فلا يجزئه [للصلاة][٣] ولا غيرها، مما لا يجوز إلا بطهارة وحكم حدثه باق[٤].

والثانى: مثل الصلوات على اختلاف أنواعها من فرض ونفل، ومثل مس المصحف والطواف، فإن كان نوى بوضوئه استباحة بعض هذه الأفعال جاز له فعل سائرها، وكان حكم حدثه زائلا[٥].

فصل

التسمية على الوضوء[٦] غير واجبة[٧]، خلافًا لأحمد بن حنبل[٨] لقوله جل وعز:

(١) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/ ٩٣).

(٢) قال ابن عبد البر: الأصل عند الإمام مالك وجمهور أصحابه أن كل ما لا يجوز استباحته وعمله إلا بوضوء فالوضوء له يصلى به كل صلاة، لأنه رفع للحدث بذلك، وكل ما جاز عمله واستباحته بغير وضوء فلا يجوز أن يصلى بالوضوء له صلاة نافلة ولا مكتوبة ولا على جنازة إلا أن ينوى المتوضئ لذلك رفع الحدث. انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٦٤).

(٣) بياض فى أ، جـ، وما أثبتناه هو مقتضى السياق.

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٦٤). الشرح الكبير ومعه الدسوقى (١/ ٩٤).

(٥) انظر الكافى (١/ ١٦٤) الشرح الكبير ومعه الدسوقى (١/ ٩٣).

(٦) الوضوء مأخوذ من الوضاءة وهى النظافة والحسن يقال وضؤ يوضؤ وضاءة فهو وضئ من حد شرف أى حسن ونظف المتوضئ ينظف أعضاءه ويحسنها. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٣٢).

(٧) انظر الكافى (١/ ١٦٦)، حاشية الدسوقى (١/ ٩٣).

(٨) روى عن أحمد فى وجوب التسمية روايتان. الأولى: وهى ظاهر المذهب أن التسمية مسنونة فى طهارة الأحداث كلها رواه عنه جماعة من أصحابه وقال الخلال: الذى استقرت عليه الروايات عنه أنه لا بأس به يعنى إذا ترك التسمية. الثانية: أنها واجبة فيها أى فى الأحداث كلها الوضوء =

﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ [المائدة:٦]، ولم يذكر التسمية، وكذلك الأخبار التى رويناها، ولأنه قول باللسان فلم يجب فى الوضوء كالتسبيح، ولأنها طهارة شرعية كالتيمم وغسل الميت.

فصل

ويستحب لكل مريد الوضوء طاهر اليدين بائل أو متغوط أو جنب أو حائض أو ماس لذكره أو ملامس لزوجته أو قائم من نومه، أن يغسل يده قبل إدخالها فى إناء وضوئه[1]، لقوله ﷺ: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها فى إناء وضوئه فإنه لا يدرى أين باتت يده منه»[2]، وهذا المعنى قائم فى سائر من ذكرناه، لأنه كما أن النائم لا يسلم ما يمس بيده من أعراق البدن وأوساخه وكذلك المتيقظ[3]، لا يمكنه الاحتراز من إدخالها فى أنفه أو حكه بدنه، وإنما نص على النائم لأن المعنى فيه أوجد منه فى غيره.

فصل

وليس بواجب[4] أيضًا خلافًا لأحمد[5] وداود[6]، حين أوجباه على القائم من نومه،

= والغسل والتيمم. انظر المغنى لابن قدامة المقدسى (١/ ٨٤). انظر المسائل الفقهية للقاضى أبى يعلى (١/ ٦٩ - ٧٠).

(١) قال فى الكافى: (يبدأ المتوضئ فيغسل يديه مرتين أو ثلاثًا قبل أن يدخلهما فى الإناء). انظر الكافى (١/ ١٦٦) و (١/ ١٧٠).

(٢) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣١٦) ح (١٦٢). ومسلم: الطهارة (١/ ٢٣٣) (٨٧/ ٢٧٨) واللفظ للبخارى.

(٣) ثبت فى (جـ) المتنبه.

(٤) قال ابن عبد البر: (ويستحب لكل من أراد الوضوء من محدث أو راغب فضل ألا يبدأ بشىء قبل غسل يديه ولا يدخلهما فى إنائه وذلك لمن استيقظ من نومه أوكد فى الاستحباب والندب لأن النص ورد فيه ولو أحدث فى إضعاف وضوئه أو غسله استحب له مالك أن يعيد غسل يديه فإن لم يفعل فلا حرج عليه وكل من كانت يده سالمة من النجاسة لم يضره أن يدخلها فى إناء وضوئه). انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٧٠).

(٥) قال صاحب المغنى: (اختلفت الرواية عن وجوبه وعن أحمد فى ذلك روايتان: الأولى: روى أنه واجب وهو الظاهر عنه واختيار أبى بكر. الثانية: روى أنه مستحب وليس بواجب). انظر المغنى لابن قدامة (١/ ٨١)، الإنصاف للمرداوى (١/ ١٣٠).

(٦) قال الشيخ ابن حزم: وفرض على كل مستيقظ من نوم قل النوم أو كثر نهارًا كان أو ليلاً قاعدًا =

للظاهر والخبر. والمقصود بهما بيان ما يلزم القائم إلى الصلاة فعله مع خلوه مما تنازعناه، ولأنها طهارة شرعية كالغسل، ولأنه عضو من البدن كغيره من الأعضاء، ولأن النوم إن كان حدثًا فهو كالبول، وإن كان سببًا للحدث فهو كاللمس وكذلك لا يوجب غسل اليد قبل إدخالها الإناء وكذلك النوم، ولأنهم يفرقون بين نوم الليل والنهار فيوجبونه من نوم ليس دون نوم النهار، وذلك خلاف الأصول.

مسألة

المضمضة[١]، والاستنشاق[٢] سنتان، لأمره ﷺ بهما وفعله لهما، وليستا بواجبتين[٣] فى الوضوء خلافًا لأحمد[٤] وغيره، لقوله جل وعز: ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة:٦]، والاسم لا ينطلق على الباطن، ولقوله ﷺ للأعرابى: «توضأ كما أمرك الله»[٥]، ولأنها طهارة من حدث كالغسل ولأنه باطن فى أصل الخلقة كذا داخل العينين والصماخين[٦].

فصل

وكذلك فليستا بواجبتين فى الغسل[٧] خلافًا لأبى حنيفة[٨] لما ذكرناه، ولأنه غسل

=أو مضطجعًا أو قائمًا فى صلاة أو فى غير صلاة كيف نام ألا يدخل يده فى وضوئه فى إناء كان وضوءه أو من نهر أو غير ذلك حتى يغسلها ثلاث مرات. انظر المحلى لابن حزم (١/٢٠٦).

(١) قال صاحب الحدود: قال القاضى: المضمضة هى إدخال الماء فاه فيخضخضه ثم يمجه ثلاثًا. انظر شرح حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/٩٦).

(٢) قال فى الحدود: الاستنشاق: «جذب الماء بأنفه ونثره بنفسه ويده على أنفه ثلاثًا» انظر شرح حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/٩٦).

(٣) قال ابن عبد البر: (المضمضة والاستنشاق ومسح الأذنين سنة كل ذلك ومن نسى شيئًا منها حتى صلى فلا إعادة عليه) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٧٠).

(٤) حكى ابن قدامة روايتان فى وجوب المضمضة والاستنشاق: الأولى: أنهما واجبتين وهذه الرواية مشهور المذهب فى الطهارة الكبرى والصغرى. الثانية: أنهما واجبتان فى الكبرى مسنونتان فى الصغرى. انظر المغنى (١/١٠٢) الإنصاف (١/١٥٢).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) قال صاحب الحاشية (الصماخ هو الثقب الذى تدخل فيه رأس الأصبع من الأذن) انظر الحاشية (حاشية الدسوقى ١/٩٨).

(٧) قال الإمام مالك: ومن ترك المضمضة والاستنشاق وداخل أذنيه فى الغسل من الجنابة حتى صلى قال: يتمضمض ويستنشق لما يستقبل وصلاته التى صلى تامة) انظر المدونة الكبرى (١/١٥).

(٨) قال الموصلى: فرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل جميع البدن والفرق بينه وبين الوضوء =

واجب فلم يلزم فيه إيصال الماء إلى داخل الفم والأنف كغسل الميت، ولأنها طهارة عن حدث كالوضوء.

فصل

وإذا ثبت أنهما سنتان فتركهما غير مفسد للطهارة لا سهواً ولا عمداً، لأن حكم الحدث يرتفع مع عدمها إلا أنه لا ينبغي تعمد تركهما، فمتى تركهما ناسيًا أتى بهما ما لم يصل ليؤدى الصلاة على الوجه الأفضل، وإن صلى لم يعد لأن وقتها قد مضى بانقضاء الصلاة، والسنن لا تعاد إذا انقضت أوقاتها[١].

فصل

غسل الوجه واليدين إلى المرفقين من فرائض الوضوء[٢] للظاهر والخبر والإجماع[٣].

فصل

وغسل المرفقين مع اليدين واجب[٤] خلافًا لمن نفى وجوبه[٥]، لأنه ﷺ كان إذا توضأ أدار الماء على مرفقيه[٦]، ولأنه حد لعضو مغسول كالكعبين.

= أنه مأمور بغسل الوجه فى الوضوء والمواجهة لا تقع بباطن الأنف والفم وفى الغسل مأمور بتطهير جميع البدن. انظر الاختيار (١/ ١٥) الفتاوى الهندية (١/ ١٣).

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥)، الكافى (١/ ١٧٠).

(٢) قال الشيخ الدسوقى: (فهذه فرائض متفق على فرضيتها ومجمع عليها). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ٨٥).

(٣) انظر مراتب الإجماع لابن حزم (ص ١٨).

(٤) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/ ٨٧).

(٥) قال شيخ الإسلام موفق الدين: (وقال بعض أصحاب مالك، وابن داود: إنه لا يجب وحكى ذلك عن زفر). انظر المغنى (١/ ١٠٧).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١/ ٩٣) ح (٢٥٦) والدارقطنى: سننه (١/ ٨٣) ح (١٥) وقال: قال الذهبى: القاسم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عقيل الهاشمى الطالبى، قال أبو حاتم: متروك، وقال أحمد: ليس بشىء، وقال أبو زرعة: أحاديثه منكرة.

فصل

ومسح جميع الرأس واجب[1] خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3] لقوله جل وعز: ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ [المائدة:٦]، والاسم للجملة فيجب استيفاؤها، ولأنه ﷺ مسح رأسه بيده فأقبل بهما وأدبر[4]، وأفعاله على الوجوب، ولأنه عضو من أعضاء الوضوء، فلم يجز الاقتصار من تطهيره على أقل ما يقع عليه الاسم أو فلم يتحدد بالربع كسائر الأعضاء، ولأنه عضو أطلق النص فيه فوجب إيعابه كالوجوه.

فصل

وكيفما أوعبه[5] أجزأه إلا أن اختياره فيه: أن يأخذ الماء بيديه ثم يرسله أو بأحدهما ثم يضعه فى الأخرى ثم يبدأ بمقدمة رأسه إلى مؤخره ثم يردهما إلى حيث بدأ[6]، لأن ذلك صفة فعله ﷺ[7]، والمرأة والرجل يستويان فى ذلك لعموم الظاهر، واعتبارًا بتساويهما فى سائر الأعضاء[8].

---

(١) قال ابن عبد البر: (واختلف أصحاب مالك وسائر أهل المدينة فى عموم مسح الرأس فمنهم من قال: لا يجزئ مسح بعض الرأس وهو قول مالك المشهور ومنهم من أجاز مسح بعضه وذكر أبو الفرج عن محمد بن مسلمة أنه قال: لا يجزئ أن يمسح دون ثلثه وإليه ذهب أبو الفرج والذى حكاه عن محمد بن مسلمة وهم والله أعلم). انظر الكافى (١٦٩).

(٢) قال الموصلى: (الآية مجملة فى مسح الرأس تحتمل إرادة الجميع كما قال مالك وتحتمل إرادة ما تناوله اسم المسح كما قاله الشافعى، وتحتمل إرادة بعضه كما ذهب إليه أصحابنا وقد صح أن النبى ﷺ توضأ فمسح بناصيته فكان بيانًا للآية وحجة عليهما والمختار فى مقدار الناصية ما ذكر فى الكتاب وهو الربع) انظر الاختيار للموصلى (١/ ١٠) الفتاوى الهندية (١/ ٥).

(٣) قال الشيخ النووى: (المشهور من مذهبنا أنه ما يقع عليه وإن قل) انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٤٣١) انظر المهذب للشيرازى (١/ ١٧).

(٤) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٤٧) ح (١٨٥). ومسلم: الطهارة (١/ ٢١٠) ح (١٨/ ٢٣٥).

(٥) وعبه: أى أخذه أجمع، وأوعب: جمع. والمراد هنا أعم رأسه ولم يترك منه شيئًا. انظر القاموس المحيط (١/ ١٣٧).

(٦) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/ ٨٨).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) انظر الشرح الكبير (١/ ٨٨)، وكفاية الطالب الربانى (١/ ١٧٥).

فصل

ويمسح أذنيه ظاهرهما وباطنهما لأنه ﷺ فعل ذلك[١]، ويستحب له تجديد الماء لهما[٢] خلافًا لأبي حنيفة[٣] للخبر[٤] الذي روى في ذلك، ولأن المغسولات نفلاً لما انفردت عن المغسولات فرضًا، فكذلك الممسوحات نفلاً يجب أن تنفرد عن الممسوحات فرضًا.

فصل

ولا يجوز المسح على عمامة ولا خمار[٥] بدلاً عن الرأس خلافًا لأحمد[٦] وداود، لقوله جل وعز: ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ [المائدة:٦]، وهذا يوجب مباشرة العضو، ولأنه عضو غير منصوص على حده فأشبه الوجه، ولأن فرض البدل لا يكون كفرض المبدل.

مسألة

وفرض الرجلين : الغسل[٧] ، خلافًا لمن ذهب إلى أنه المسح ، لقوله تعالى :

---

(١) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٣١) ح (١٢٦)، والترمذي: الطهارة (١/ ٤٨) ح (٣٣)، وقال: حسن. وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٥١) ح (٤٣٩)، والدارمي: الطهارة (١/ ١٩٣) ح (٧٠٨).

(٢) انظر كفاية الطالب الرباني (١/ ١٧٤).

(٣) قال المرغيناني: (وهو سنة بماء الرأس عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام: «والأذنان من الرأس» والمراد بيان الحكم دون الخلقه). انظر الهداية للمرغيناني (١/ ١٣)، الاختيار للموصلي (١/ ١١).

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (١/ ١٥١) عن عبد الله بن زيد بلفظ «رأى رسول الله ﷺ يتوضأ فأخذ لأذنيه ماء خلاف الماء الذي أخذه لرأسه» والطبراني في الكبير (٢/ ٢٦٠) ح (٢٠٩١) وقال الهيثمي في المجمع (١/ ٢٣٩): وفيه دهشم بن قران ضعفه جماعة وذكره ابن حبان في الثقات، من حديث نمران بن جارية عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «خذوا للرأس ماءً جديدًا» انظر نصب الراية للزيلعي (١/ ٢٢).

(٥) قال الشيخ ابن عبد البر: (ولا يجوز لأحد المسح على عمامة ولا خمار كما لا يجوز على الخضاب) انظر الكافي (١/ ١٨٠).

(٦) قال ابن أبي عمر المقدسي: (ويجوز المسح على العمامة المحنكة إذا كانت ساترة لجميع الرأس إلا ما جرت العادة بكشفه) انظر الشرح الكبير للمقدسي (١/ ١٦٦)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (١/ ٥٦).

(٧) انظر حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١/ ٨٩).

﴿وأرجلكم﴾ [المائدة:٦] بالنصب وهو عطف على الغسل، وقوله ﷺ «فإذا غسل رجليه خرجت الخطايا من أظفار رجليه»[١]، وذلك يفيد أن فرضهما الغسل، ولأنه عضو منصوص على حده كاليدين.

فصل

ويغسل أقطع الرجلين موضع القطع لبقائه محل الغرض، ولا يلزم أقطع اليدين من المرفقين غسل موضع القطع، لأن المرفقين يدخلان فى القطع فلا يبقى شىء من محل الغرض والقطع فى الرجلين من تحت الكعبين، فبعض محل الغرض باق فلزمه غسله، فإن اتفق أن يكون بقى شىء من المرفقين غسل موضع القطع[٢].

مسألة

وترتيب الوضوء مستحب غير مستحق[٣] خلافًا للشافعى[٤] حين يوجبه لقوله جل وعز: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم...﴾ [المائدة:٦] الآية، وموضوع الواو الاشتراك دون الترتيب، واسم الغسل ينتظم من رتب ومن لم يرتب ولأنها طهارة شرعية كالغسل ولأنه تقديم وتأخير فى الوضوء فلم يمنع صحته كتقديم اليسرى على اليمنى، ولأنه عضو من أعضاء الوضوء فصحت الطهارة مع التبدئة به كالوجه.

---

(١) أخرجه النسائى: الطهارة (١/ ٦٣) (باب مسح الأذنين مع الرأس، وما يستدل به على أنهما من الرأس) وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٠٣) ح (٢٨٢) ومالك فى الموطأ: الطهارة (١/ ٣١) ح (٣٠).

(٢) قال ابن عبد البر: (وإن بقى للأقطع شىء من الكعب غسله وكذلك المرافق لمن بان فيه قطع غسل ما بقى منه وإن لم يبق منهما شىء سقط فرضهما عنه). انظر الكافى (١/ ١٦٧).

(٣) قال الشيخ ابن عبد البر: (وترتيب الوضوء مسنون وقيل مستحب وتحصيل مذهب مالك فيه أنه مسنون لأنه إذا نكس المرء وضوءه وذكر ذلك قبل صلاته لزمه عنده أن يأتى به على الترتيب وكذلك «إن ذكره» بعد صلاته رتبه لما يستقبل ولم يعد صلاته وهذا حكم السنن وقد كان مالك يوجب الترتيب ثم رجع عنه). انظر الكافى (١/ ١٦٧).

(٤) قال الشيرازى: ويجب أن يرتب الوضوء فيغسل وجهه ثم يديه ثم يمسح برأسه ثم يغسل رجليه وحكى أبو العباس بن القاضى قولاً آخر أنه إن نسى الترتيب جاز والمشهور الأول والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق...﴾ الآية فأدخل المسح بين الغسلين وقطع النظير عن النظير فدل على أنه قصد إيجاب الترتيب ولأنها عبادة تشتمل على أفعال متغايرة يرتبط بعضها ببعض فوجب فيها الترتيب كالصلاة والحج). انظر المهذب (١/ ١٩)، مغنى المحتاج (١/ ٥٤).

فصل

إذا ثبت أنه ليس بفرض فإنما استحببناه لفعل رسول الله ﷺ له[١]، ومداومته عليه وعمل السلف من بعده به، ولأن الأمة مجمعة[٢] على أنه مطلوب فى الوضوء وأن فعله أفضل وأولى من تركه، واختلافهم فى مباح الطهارة بتركه لا يخرجه عن تعلق الفضيلة به.

فصل

والاختيار فى صفته: أن يبدأ بعد النية بغسل يديه قبل إدخالهما الإناء، ثم بالمضمضة والاستنشاق، ثم يغسل الوجه، ثم بيمنى يديه ثم يسراهما، ثم بالمسح بالرأس، ثم بالأذنين، ثم يغسل يمنى رجليه ثم يسراهما[٣]، وإنما اخترنا ذلك على هذه الصفة أنها الصفة التى نقلت الصحابة رضوان الله عليهم أنها كانت صفة وضوئه ﷺ[٤]، وإنما خلصنا بذلك تقديم النية، وإن كان تقديمها فرضًا لئلا يظن ظان أنها من حيث كانت من فروض الوضوء جاز أن تقدم وتؤخر كسائر الأعضاء المفروضة، فبيَّنا أنها بخلاف غيرها، وأن تقديمها فرض، وإنما لا تتناول الماضى المنقضى، وإنما قلنا إنه يقدم غسل يده لأن الخبر بذلك ورد بقوله ﷺ: «فلا يغمس يده حتى يغسلها»[٥] وكذلك روى من وصف وضوئه ﷺ[٦] رواية وحكاية وباقيه قد ذكرناه.

مسألة

ومن مسح رأسه ثم حلق شعره فلا إعادة عليه[٧] خلافًا لعبد العزيز بن أبى سلمة[٨]

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٤٧١). المغنى (١/ ١٢٥).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٦٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) قال الشيخ الدردير: (ولا يعيد محل الظفر أو الشعر من قلم بتخفيف اللام وتشديدها ظفره أو حلق رأسه بعد وضوئه لأن حدثه قد ارتفع) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/ ٨٩).

(٨) قال الشيخ الدسوقى: (وقيل يجب عليه إعادة غسل موضع الظفر والشعر وهو ضعيف). انظر حاشية الدسوقى (١/ ٨٩)، كفاية الطالب الربانى (١/ ١٧١).

لقوله جل وعز: ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ [المائدة:٦]، وهذا قد فعل، ولأنه عضو زال حكم الحديث بتطهيره فزواله لا يوجب إعادة تطهيره كسائر الأعضاء ويفارق المسح على الخف أنه إذا خاف غسل رجليه لأن المسح على الخف بدل ومسح[١] شعر الرأس أصل وظهور المبدل يبطل حكم البدل.

فصل

وإذا تعمد تفريق وضوئه حتى طال وتفاحش استأنف ولم يجزه البناء عليه[٢] خلافًا لأبي حنيفة[٣]، والشافعي[٤]، لقوله جل وعز: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ [المائدة:٦] والأمر المطلق على الفور، ولأنها عبادة تبطل بالحدث فكان للتفريق تأثير في إبطالها كالصلاة، ولأنها عبادة ذات أركان بتقدم الصلاة لها فلم يجز تفريقها كالأذان.

فصل

وتفريقه مع العذر غير مفسد له إلا أن العذر ضربان : نسيان وعجز الماء عن قدر الكفاية، وفي النسيان يبني طال أم لم يطل صلى أم لم يصل، وفي عجز الماء[٥] [يبني][٦] ما لم يطل لأن الناسي لا صنع له في نسيانه، ومن عجز الماء عن قدر كفايته [لم يلزمه استعماله][٧] للتحرز بإعداد قدر الكفاية، وفي حد الطول المعتبر في ذلك روايتان: إحداهما: الرجوع إلى العرف في القرب أو التفاحش. والأخرى: ما لم يجف وضوؤه، فوجه الأولى: أن كل أمر فرق بين قليله وكثيره، واحتيج إلى فاصل بينهما لم

(١) غير ظاهرة في (أ، ج).

(٢) انظر حاشية الدسوقي (١/ ٩٠).

(٣) قال الموصلي: (ويستحب الموالاة وهو ألا يشتغل بين أفعال الوضوء بغيرها وليس ذلك بفرض لقوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا...﴾ من غير اشتراطها ولأنه ذكر بحرف الواو وأنها للجمع بإجماع أئمة النحو واللغة نقلاً عن الصيرفي والزيادة على النص نسخ ولا يجوز نسخ الكتاب بالخبر لأنه راجح وقيل: إنهما سنتان وهو الأصح لمواظبته ﷺ عليهما). انظر الاختيار (١/ ١٢)، الفتاوى الهندية (١/ ٨).

(٤) قال الإمام النووي: (التفريق اليسير لا يضر بالإجماع وأما الكثير فالصحيح في مذهبنا أنه لا يضر). انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٤٨٠)، المهذب للشيرازي (١/ ١٩).

(٥) انظر حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١/ ٩١).

(٦) بياض في (أ، ج).

(٧) مطموس في (أ، ج) ولعل الصواب ما أثبتناه.

يرد الشرع به فالمرجوع فيه إلى العرف كالعمل فى الصلاة وغيره، ووجه الثانية: أن ما لم يجف وضوؤه لم يخرج عن حد التقارب لأنه لو تباعد لم يبق على رطوبته، وحكم الغسل والوضوء فى ذلك واحد[١].

مسألة

الفرض تطهير الأعضاء مرة، والفضل فى تكرار مغسولها مرتين وثلاثًا، ولا فضيلة فى تكرار الممسوح كله، ولا فيما زاد على الثلاث من مغسوله[٢]، فأما الدليل على وجوب المرة، فلأن بحصولها يكون فاعلاً وبعدمها يخرج عن وقوع الاسم عليه، فإذا ثبت أن عليه أن يغسل أعضاءه لقوله تعالى: ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة:٦] الآية، وبالأخبار، والإجماع[٣]، وكان أقل ما يتناوله الاسم مرة، وفى انتفائها انتفاء الاسم فوجب فعلها، وكذلك روى أنه ﷺ توضأ مرة مرة، وقال: «هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به»[٤].

فصل

وأما الدليل على أن ما زاد عليها فضيلة فقوله ﷺ لما توضأ مرتين: «من توضأ مرتين آتاه الله أجره مرتين»[٥]، وقوله ـ لما توضأ ثلاثًا ـ «هذا وضوئى ووضوء الأنبياء قبلى ووضوء أبى إبراهيم»[٦]، بيّن حكم الأعداد ومراتبها فى الفرض والكمال، فجعل حكم الواحدة الفرض وما زاد عليها، فحكمه حكم[٧] الفضل.

(١) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/ ٩٢).
(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٦٨)، كفاية الطالب الربانى (١/ ١٧٩).
(٣) قال ابن حزم: (واتفقوا على أن الوضوء مرة مرة مسبغة فى الوجه والذراعين والرجلين يجزى). مراتب الإجماع (ص ١٩).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) سقط من (أ).

فصل

وأما الدليل على أن ما زاد على الثلاث فلا فضيلة[١] فيه لقوله فى الثالثة: «هذا وضوئى ووضوء الأنبياء قبلى ووضوء أبى إبراهيم»[٢]، ونسبته إياه إليه عليه السلام وإلى الأنبياء قبله يفيد أنه الغاية فى بابه، وروى: «الوضوء مرة ومرتين وثلاثًا ومن زاد فقد أساء وظلم»[٣].

فصل

فأما الدليل على أنه لا فضيلة فى تكرار مسح الرأس ثلاثًا خلافًا للشافعى[٤] فما روى: «أنه ﷺ غسل أعضاءه كلها ثلاثًا ومسح برأسه مرة»[٥]، والذى روى: «أنه ﷺ مسح ثلاثًا»[٦]، فمحتمل للتكرار من غير تجديد ماء، ولأنه مسح فى الوضوء كالمسح على الخفين والجبائر، ولأنه مسح أوجبه الحدث كالتيمم، وبذلك فارق الاستجمار، ولأن موضع المسح التخفيف فلا يجوز أن يكون من سنته ما يخرجه عن موضوعه والتكرار تغليظ.

---

(١) قال الإمام أبى الحسن فى الكفاية: (ولا فضيلة فيما زاد على الثلاث بل حكى ابن بشير الإجماع على منع الرابعة). انظر كفاية الطالب الربانى (١/ ١٧٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٣٣) ح (١٣٥)، والنسائى: الطهارة (١/ ٧٥) (باب الاعتداء فى الوضوء)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٤٦) ح (٤٢٢)، وأحمد: المسند (٢/ ٢٤٣) ح (٦٦٩٣). انظر نصب الراية (١/ ٢٩).

(٤) قال الإمام النووى: (مذهبنا المشهور الذى نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى كتبه وقطع به جماهير الأصحاب أنه يستحب مسح الرأس ثلاثًا كما يستحب تطهير باقى الأعضاء ثلاثًا). انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٤٦١)، انظر الأم للشافعى (١/ ٢٣).

(٥) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٢٧) ح (١١١) والترمذى: الطهارة (١/ ٦٧) ح (٤٨)، والنسائى: الطهارة (١/ ٥٨) (باب غسل الوجه)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٥٠) ح (٤٣٦).

(٦) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٢٦) ح (١٠٧)، والدارقطنى: سننه (١/ ٩١) ح (٣) والبيهقى فى الكبرى (١/ ١٠٣) ح (٢٩٣). انظر التلخيص (١/ ٩٥) ح (١٦).

فصل

الغسل من الجنابة فريضة[(١)] لقوله تعالى: ﴿وإن كنتم جنبًا فاطهروا﴾ [المائدة:٦] وقوله: ﴿حتى تغتسلوا﴾ [النساء:٤٣]، وقوله ﷺ: «الماء من الماء»[(٢)]، وقوله - وسئل عن المرأة تحتلم هل عليها الغسل؟ - فقال: «نعم إذا رأت الماء»[(٣)] وقوله ﷺ: «تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وأنقوا البشرة»[(٤)]، وذلك معلوم من دين الأمة ضرورة.

فصل

فإذا أحدث الجنب أو أجنب المحدث لم يلزمه وضوء مع غُسله لقوله تعالى: ﴿حتى تغتسلوا﴾، ولم يوجب غير الغسل، ولأن الحدث الأصغر يدخل فى الحدث الأكبر بدليل أن الحدثين المتساويين يتداخلان، فالأصغر بأن يدخل فى الأكبر أولى.

فصل

والفرض على الجنب تعميم ظاهر بدنه بالغُسل[(٥)]، ويستحب له أن يبدأ بغسل يديه، ثم يتنظف من أذى إن كان به، ثم يتوضأ وضوءه للصلاة، ثم يخلل أصول شعره بالماء، ثم يوالى الصب عليه[(٦)]، وإنما اخترنا ذلك لأنها صفة غسله ﷺ فى حديث عائشة[(٧)]، وأم سلمة رضى الله عنهما، وكل من وصف غسله، وإن لم يغتسل على هذه الصفة وعم بدنه أجزأه[(٨)].

---

(١) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/١٢٦).

(٢) أخرجه مسلم: الحيض (١/٢٦٩) ح (٨٠/٣٤٣)، وأبو داود: الطهارة (١/٥٥) ح (٢١٧)، والترمذى: الطهارة (١/١٨٦) ح (١١٢)، والنسائى: الطهارة (١/٩٦) (باب الذى يحتلم ولا يرى الماء)، وابن ماجه: الطهارة (١/١٩٩) ح (٦٠٧)، وأحمد: المسند (٣/٣٦) ح (١١٢٤٩).

(٣) أخرجه البخارى: الغسل (١/٤٦٢) ح (٢٨٢). ومسلم: الحيض (١/ ٢٥٠) ح (٢٩/ ٣١٠).

(٤) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/٦٣) ح (٢٤٨) والترمذى: الطهارة (١/١٧٨) ح (١٠٦) وقال: حديث الحارث بن وجيه حديث غريب. وابن ماجه: الطهارة (١/١٩٦) ح (٥٩٧) وقال: الحديث قد ضعفه الترمذى وأبو داود. انظر تلخيص الحبير (١/ ١٥٠) ح (١٢).

(٥) انظر الكافى (١/١٧٣).

(٦) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/١٣٧).

(٧) أخرجه البخارى: الغسل (١/٤٩) ح (٢٤٨)، ومسلم: الحيض (١/ ٢٥٣) ح (٣٥/٣١٦).

(٨) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٧٤).

فصل

وصفة اغتسال المرأة من الحيض كصفة اغتسالها من الجنابة، فإن كان شعرها منجدلاً أمرت يديها عليه، وإن كان معقوصًا لم تنقضه ولكن تحفن الماء عليه وتضغثه[1] بيديها مع كل حفنة[2]، وذلك روى فى تعليمه ﷺ أم سلمة الغسل لما قالت له: أنقض شعرى فى الغسل فقال: «إنما يكفيك أن تحثى الماء عليه، وتفضيه على جسدك، فإذا بك طهرت»[3].

فصل

ويلزمه إمرار يديه على بدنه فى الغُسل وأعضائه فى الوضوء، فإن اقتصر على مجرد الانغماس أو صب الماء فلا يجزيه[4] خلافًا لأبى حنيفة[5] والشافعى[6]، لأن عليه إيصال الماء إلى بدنه على وجه يسمى غسلاً لا غمسًا وذلك يقتضى صفة زائدة على إيصال الماء، لأن أهل اللغة قد فرقوا بين الغسل والغمس، ولقوله ﷺ لعائشة أم المؤمنين

(١) معنى يضغثه أى: يجمعه ومنه الضغث وهى حشيش مختلط رطبها بيابسها. القاموس المحيط (١/ ١٦٩). ومعناه أن يعصر شعره بيده حتى يداخله الماء. كفاية الطالب الربانى (١/ ١٩٢).

(٢) انظر كفاية الطالب الربانى (١/ ١٩٢).

(٣) أخرجه مسلم: الحيض (١/ ٢٥٩) ح (٥٨/ ٣٣٠) بنحوه، وأبو داود: الطهارة (١/ ٦٤) ح (٢٥١)، والترمذى: الطهارة (١/ ١٧٥ ـ ١٧٦) ح (١٠٥)، والنسائى: الطهارة (١/ ١٠٨) (باب ذكر ترك المرأة نقض ضفر رأسها عند اغتسالها من الجنابة).

(٤) قال ابن عبد البر: (ولا يجزيه فى المشهور من مذهب مالك غير ذلك وذكر أبو الفرج رحمه الله أنه يجزى عند مالك أن ينغمس الرجل فى الماء إذا طال مكثه فيه أو والى بصب الماء على نفسه حتى يعم بدنه قال: وهذا ينوب للمغتسل عن إمرار يديه على جسده قال: وإلى هذا المعنى ذهب مالك قال: وإنما أمر بإمرار اليد على البدن فى الغسل لأنه لا يكب من لم يمر يديه يسلم من سكب الماء عن بعض ما يجب غسله من جسمه. ولكن المشهور من مذهب مالك أنه لا يجزيه حتى يتدلك وهو الصحيح. إن شاء الله). انظر الكافى (١/ ١٧٥).

(٥) قال الشيخ الكاسانى: (وأما ركنه فهو إسالة الماء على جميع ما يمكن إسالته عليه من البدن من غير حرج مرة واحدة حتى لو بقيت لمعة لم يصبها الماء لم يجز الغسل) انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١/ ٣٤).

(٦) قال الخطيب الشربينى: (ويدلك ما وصلت إليه يده من بدنه احتياطًا وخروجًا من خلاف من أوجبه وإنما لم يجب عندنا لأن الآية والأحاديث ليس فيهما تعرض لوجوبه) مغنى المحتاج (١/ ٧٤).

رضى الله عنها: «وادلكى جسدك بيديك»[1] والأمر على الوجوب.

فصل

ويكره للجنب أن يغتسل فى الآبار الصغار القليلة الماء[2]، وفى الماء الدائم، فإن فعل أجزأه، وإنما كرهنا له ذلك لجواز أن يكون قد بقى على فرجه نجاسة فتحل فى الماء الدائم، ولأنه يصير مستعملاً واستعمال الماء المستعمل فى الطهارة مكروه[3].

فصل

وليس فى قدر ما تحصل معه الكفاية فى الوضوء والغسل من الماء حد مضروب[4]، وإنما هو موكول إلى حال المستعمل من رفقه وخوفه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ الآية [المائدة:٦]، وقوله تعالى: ﴿حتى تغتسلوا﴾ [النساء:٤٣]، فأطلق، وكذلك الأخبار إلا أنه يستحب فى الجملة الاقتصاد دون الإسراف لأنها صفة فعله ﷺ[5].

(١) قال الشيخ ابن حزم: خبر عائشة ساقط لأنه من طريق عكرمة بن عمار عن عبد الله بن عبيد ابن عمير عن عائشة به قال: وعكرمة ساقط وقد وجدنا عنه حديثًا موضوعًا فى نكاح رسول الله ﷺ أم حبيبة بعد فتح مكة، ثم هو مرسل لأن عبد الله بن عبيد بن عمير لم يدرك السيدة عائشة، وأبعد ذكره رواية ابن عمر أيام ابن الزبير فسقط هذا الخبر. انظر المحلى (٢/ ٣٢).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٧٤).

(٣) (الماء المستعمل فى فرض الطهارة طاهر غير مطهر على المشهور من مذهب أبى حنيفة والأصح من مذهب الشافعى وأحمد ومطهر عند مالك ونجس فى رواية عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٢٨).

(٤) قال ابن البر: (وليس لقدر ما يتوضأ به المحدث ويغتسل به الجنب من الماء حد وحسب) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٧٤).

(٥) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٦٤) ح (٢٠١)، ومسلم الحيض (١/ ٢٥٨) ح (٥١/ ٣٢٥).

باب[١] : المسح[٢] على الخفين[٣]

المسح على الخفين جائز فى السفر[٤] لثبوت الرواية عن النبى ﷺ[٥]، والسلف قولاً وفعلاً، وعنه[٦] فى جوازه للمقيم روايتان[٧]: إحداهما المنع والأخرى الجواز، فوجه المنع أن تجويزه فى السفر للضرورة التى تختص المسافر من خوف انفكاكه عن الرفقة متى تشاغل بخلعهما كل وقت أداء الطهارة، وذلك معدوم فى الحضر، ولأن السفر يختص بأشياء من الرخص لا تجوز فى الحضر كالقصر والفطر وغيرهما وكذلك المسح، ووجه الجواز ـ وهو النظر ـ قول النبى ﷺ: «يمسح المسافر والمقيم على خفيه»[٨]، وقوله: «إذا أدخلت رجليك فى الخفين وأنت طاهر فامسح عليهما وصلٍّ فيهما ما لم تخلعهما أو تصبك جنابة»[٩] و «لأنه ﷺ مسح على الخفين فى الحضر»[١٠]، ولأنه مسح فى طهارة الحدث فاستوى فيه الحاضر والمسافر كالمسح على العصائب والجبائر.

---

(١) الباب لغة ما يتوصل منه إلى غيره، انظر القاموس المحيط (١/٣٨) واصطلاحًا (اسم لجملة مختصة من العلم تحتوى على فصول ومسائل غالبًا).

(٢) المسح: (هو إمرار اليد على الشىء السائل أو المتلطخ لإذهابه)، انظر القاموس المحيط (١/٢٤٩).

(٣) الخف الذى يلبس وتخفف لبسه، انظر القاموس المحيط (٣/ ١٣٥).

(٤) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ١٤١).

(٥) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٦٧) ح (٢٠٣)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٢٨) ح (٧٥/ ٢٧٤).

(٦) أى الإمام مالك.

(٧) ذكر الشيخ الدسوقى فى حاشيته ثلاث روايات فقال: (وما ذكره المصنف من جواز المسح على الخف فى الحضر والسفر رواية ابن وهب والأخوين عن مالك. وروى ابن القاسم عنه لا يمسح الحاضرون وروى عنه أيضًا لا يمسح الحاضرون ولا المسافرون وقال ابن مرزوق: والمذهب الأول وبه قال فى الموطأ) انظر حاشية الدسوقى (١/ ١٤١).

(٨) عند مسلم بلفظ «... جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر. ويومًا وليلة للمقيم» أخرجه مسلم: الطهارة (١/ ٢٣٢) ح (٨٥/ ٢٧٦) عن شريح بن هانىء. وأبو داود: الطهارة (١/ ٣٩) ح (١٥٧) عن خزيمة بن ثابت.

(٩) أخرجه الدارقطنى: سننه (١/ ٢٠٣) ح (٢) والبيهقى فى الكبرى (١/ ٤٢٠) ح (١٣٢٩) والحاكم فى المستدرك (١/ ١٨١) بنحوه انظر نصب الراية (١/ ١٧٩).

(١٠) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١/ ٤١٣) ح (١٣٠١) من حديث بلال .

فصل

والرجال والنساء فيه سواء[1] لما روى أنه ﷺ: «أرخص فى المسح على الخفين»[2]، وأطلق، ولأنه مسح فى طهارة الحدث كسائر الطهارات.

فصل

وليس فيه توقيت بمدة من الزمان لا فى السفر ولا فى الحضر[3]، خلافًا لأبى حنيفة[4]، والشافعى[5]، لقوله: «إذا أدخلت رجليك فى الخفين وأنت طاهر فامسح عليهما وصلِّ فيهما ما لم تنزعهما أو تصبك جنابة»[6]، فأطلق ولم يؤقت، وفى حديث أبى بن عمارة: «امسح ما بدا لك»[7]، واعتباراً بالمسح على الجبائر والعصائب بعلة أنه رخص فيه للضرورة.

فصل

إذا ثبت أنه لا توقيت فيه فيستحب خلعه كل جمعة ليغتسل لها[8]، والغسل لا يكون

---

(١) قال سحنون: (قال ابن القاسم: قال مالك: والمرأة فى المسح على الخفين والرأس بمنزلة الرجل سواء فى جميع ذلك إلا أنها إذا مسحت على رأسها لا تنقض شعرها)، انظر المدونة الكبرى (١/ ٤٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه: الطهارة (١/ ١٨٤) ح (٥٥٦).

(٣) روى فى شرح الكفاية عن الإمام مالك روايتين فقال: (قوله: وسقوط التوقيت فيه أى فى المسح فلا نحده بحد على المشهور. وروى عن مالك توقيته فى الحضر بيوم وليله وفى السفر بثلاثة أيام)، انظر شرح كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٠٩)، والكافى لابن عبد البر (١/ ١٧٧).

(٤) قال المرغينانى: (ويجوز للمقيم يومًا وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٣٠) وبدائع الصنائع (١/ ٨).

(٥) قال فى المنهاج: (للمقيم يومًا وليلة وللمسافر ثلاثة بلياليها من الحدث بعد لبس)، انظر مغنى المحتاج على ألفاظ المنهاج للشربينى (١/ ٦٤)، الأم للشافعى (١/ ٢٩).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٣٩) ح (١٥٨)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٨٤) ح (٥٥٧) وقال: قال النووى: هو حديث ضعيف باتفاق أهل الحديث. انظر نصب الراية (١/ ١٧٧).

(٨) قال ابن عبد البر: (ويستحب له أن لا يمسح أكثر من جمعة لغسل الجمعة وقد قيل عنه لا يمسح أكثر من جمعة)، انظر الكافى (١/ ١٧٧).

فيه مسح على كل حال، وكذلك فى حديث عقبة بن عامر لما سأله عمر رضى الله عنه: منذ كم لم تخلعهما، فقال: منذ الجمعة إلى الجمعة، فقال: أصبت السنة[١].

فصل

والشرط الذى يجوز معه المسح: أن يبتدئ لبسهما بعد كمال الطهارة، فإن لبسهما أو أحدهما وقد بقى عليه شىء من وضوء فليس له المسح[٢]، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه إن غسل أعضاءه وإحدى رجليه ثم أدخلها الخف ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فإنه يجوز له المسح[٣]، لقوله ﷺ : «دعهما فإنى أدخلتهما وهما طاهرتان»[٤]، ولأنه لبس ابتدئ قبل كمال الطهارة فلم يجز المسح فيهما، دليله إذا لبسهما قبل غسل الرجلين.

فصل

إذا مسح عليهما على الشرط الجائز فلا ينقض المسح إلا بخلعهما أو ما يؤدى إلى خلعهما وهو الجنابة والحيض والنفاس[٥]، والذى يدل على أن خلعهما ينقض المسح خلافًا لداود[٦]، قوله ﷺ: «ما لم تخلعهما أو تصبك جنابة»[٧]، ولأنه مسح يفعل بدلاً من غسل، فظهور أصله يبطل حكمه كالجبائر، وإذا ثبت أن خلعهما يبطل المسح، فكذلك ما يلزم معه خلعهما لأنه يحتاج إلى الغسل وذلك غير جائز فيه.

---

(١) أخرجه الحاكم فى المستدرك (١/ ١٨١)، والبيهقى فى الكبرى (١/ ٤٢١) ح (١٣٣٢ ـ ١٣٣٤).

(٢) انظر كفاية الطالب الربانى (١/ ٢١٠).

(٣) قال الكاسانى: (لنا أن المسح شرع لمكان الحاجة والحاجة إلى المسح إنما تتفق وقت الحدث بعد اللبس فأما عند الحدث قبل اللبس فلا حاجة لأنه يمكنه الغسل وكذا لا حاجة بعد اللبس قبل الحدث لأنه طاهر فكان الشرط كمال الطهارة وقت الحدث بعد اللبس وقد وجد)، انظر بدائع الصنائع (١/ ٩).

(٤) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٧٠) ح (٢٠٦)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٣٠) ح (٧٩/ ٢٧٤).

(٥) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (١/ ١٤٥).

(٦) قال ابن حزم: (لم يضره ذلك شيئًا ولا يلزمه إعادة وضوء ولا غسل رجليه، بل هو طاهر كما كان ويصلى كذلك لو مسح على عمامة أو خمار ثم نزعها فليس عليه إعادة وضوء ولا مسح رأسه بل هو طاهر كما كان ويصلى كذلك، وكذلك لو مسح على خف على خف ثم نزع الأعلى فلا يضره ذلك شيئًا) انظر المحلى (٢/ ١٠٥).

(٧) تقدم تخريجه.

فصل

ولا يجوز المسح على الجوربين غير المجلدين[١]، خلافًا لمن أجازه[٢]، لقوله تعالى: ﴿وأرجلكم إلى الكعبين﴾ [المائدة:٦]، فعم كل حائل، ولأنه لا يمكن متابعة المشى فيهما كما لو لف على رجليه خرقة.

فصل

وعنه فى الجرموقين[٣] روايتان[٤]، فوجه الجواز ما روى: «أنه ﷺ أرخص فى المسح على الخفين»[٥]، فعم، ولأنه خف يمكن متابعة المشى فيه، فأشبه أن يلى رجل الماسح، ووجه المنع أنه ملبوس تحته ممسوح فلم يجز المسح عليه كالعمامة ولأنه مسح نائب عن غسل فلم يجز على ما يواريه كالقفافيز فى التيمم، وفى الجوربين المجلدين أيضًا روايتان[٦].

فصل

وصفة المسح على الخفين[٧]: أن يأخذ الماء بيديه ثم يرسله ثم يضع يدًا تحت الخف ويدًا فوقه ويبلغ بيده السفلى إلى الكعبين حد الغسل[٨]، وإنما قلنا: إنه يرسل الماء ويقتصر على البلل الباقى على اليدين، لأن ذلك صفة المسح فى كل ممسوح، وإن شاء غمس يديه فى الماء فجعلهما مبلولتين لأن الغرض حاصل فى الحالين، وإنما اخترنا

---

(١) قال ابن عبد البر: (فإن كان الجوربان مجلدين كالخفين مسح عليهما وقد روى عن مالك منع المسح على الجوربين وإن كانا مجلدين والأول أصح)، انظر الكافى (١/ ١٧٨).

(٢) قال ابن قدامة المقدسى: (إنما يجوز المسح على الجورب بشرطين: أحدهما: أن يكون صفيقًا لا يبدو منه شىء من القدم، الثانى: أن يمكن متابعة المشى فيه)، انظر المغنى لابن قدامة (١/ ٢٩٨).

(٣) الجرموقان وهما خفان عظيمان لا ساق لهما ومثلهما الجوربان وهما على شكل الخف يصنعان من نح القطن ويغشيان بجلد)، انظر الثمر الدانى (ص ٨١).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٧٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) حكاهما ابن عبد البر فى الكافى، (١/ ١٧٨).

(٧) الذى فى(ب) (الخف).

(٨) انظر المدونة الكبرى (١/ ٤٣)، وكفاية الطالب الربانى مع شرحه (١/ ٢١٠).

مسح الأعلى والأسفل خلافًا لأبى حنيفة، قوله: إن الأسفل ليس بمحل للمسح أصلاً[١]، لما رواه المغيرة: «أن رسول الله ﷺ مسح أعلى الخف وأسفله»[٢]، ولأنه موضع من الخف يحاذى المغسول من القدم فوجب أن يكون محلاً للمسح أعلى الخفين.

فصل

وإذا ثبت أن الاختيار مسح الأعلى والأسفل فإن ترك الأسفل واقتصر على الأعلى كره له ذلك واستحببنا له الإعادة فى الوقت، وإن اقتصر على الأسفل فلا يجزيه[٣]، والأصل فيه قول على بن أبى طالب رضى الله عنه: «لو كان الدين يؤخذ قياسًا لكان باطن الخف أولى بالمسح، من ظاهره، ولكن رأيت رسول الله ﷺ يمسح ظاهره»[٤]، ولأن باطن الخف فى حكم النعل وظاهره فى حكم الخف بدليل أن المحرم تلزمه الفدية بلبس الخف ولا يلزمه بلبس النعل وقد ثبت أنه لو لبس خفًا ليس له ظهر قدم وله أسفل قدم أنه لا فدية عليه[٥]، ولو لبس خفًا ليس له ظهر قدم وله أسفل قدم لما لزمته الفدية، فإذا ثبت ذلك كان الموضع الذى هو فى حكم الخف هو الذى يتعلق به حكم الجواز دون حكم الموضع الذى هو فى حكم النعل، والله أعلم.

---

(١) قال المرغينانى: (المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لأنه معدول به عن القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع) انظر الهداية للمرغينانى الحنفى (١/ ٣٠)، بدائع الصنائع للكاسانى (١/ ١٢).

(٢) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٤١) ح (١٦٥) والترمذى: الطهارة (١/ ١٦٢) ح (٩٧) وقال: هذا حديث معلول: لم يسنده عن ثور بن يزيد غير الوليد بن مسلم. وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٨٢) ح (٥٥٠) انظر تلخيص الحبير (١/ ١٦٧) ح (٤).

(٣) قال ابن عبد البر: (وإن استوعب المسح كره له وأجزاه عنه ويجزى مسح ظهور الخفين ولا يجزى مسح بطونهما وإن مسح بطونهما دون ظهورهما لم يجزه وكره مالك الاقتصار على الظهور خاصة واستحب لمن فعله أن يعيد فى الوقت)، انظر الكافى (١/ ١٧٨).

(٤) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٤١) ح (١٦٢)، وذكره الحافظ ابن حجر فى التلخيص وقال: وإسناده صحيح، انظر تلخيص الحبير (١/ ١٦٩).

(٥) ثبت فى (ب) (لما لزمته الفدية).

باب: «المسح على العصائب والجبائر»

المسح على العصائب[١] والجبائر[٢] جائز[٣]، إذا خيف الضرر بنزعهما ومباشرة العضو بالماء، لما روى في حديث على رضى الله عنه أنه قال: «انكسرت إحدى زندى فأمر بى رسول الله ﷺ أن أمسح على الجبائر»[٤]، ولأن ضررهما أعظم من ضرر المسح على الخفين للحاجة إلى استدامة لبسهما والخوف على العضو من إصابة الماء.

فصل

وليس من شرطهما أن تشد على طهارة[٥]، بخلاف المسح على الخفين لأن الخبر مطلق غير مقيد، ولم ينقل أنه ﷺ سأل ولا استقصى، ولأن سببهما غير موقوف على اختيار من يوجد به بخلاف الخف.

فصل

ولا إعادة على من صلى بالمسح عليهما خلافًا للشافعى[٦]، لأنه يطهر بطهارة مثله كالتيمم، ولأنه حائل يجوز المسح عليه كالخفين.

---

(١) العصب وهو القبض على الشىء، انظر القاموس المحيط (١/ ١٠٤).

(٢) الجبائر جمع جبيرة وهى العيدان التى تجبر بها العظام، القاموس المحيط (١/ ٣٨٥).

(٣) قال ابن عبد البر: (ويجوز المسح على جبائر الفك والكسر وعلى عصائب الجراح)، انظر الكافى (١/ ١٧٩).

(٤) أخرجه ابن ماجه: الطهارة (١/ ٢١٥) ح (٦٥٧) وفى الزوائد: فى إسناده عمر بن خالد. كذبه الإمام أحمد وابن معين. وقال البخارى: منكر الحديث. وقال وكيع وأبو زرعة يضع الحديث، وقال الحاكم: يروى عن زيد بن على الموضوعات، انظر نصب الراية (١/ ١٨٦).

(٥) قال ابن عبد البر: (ويمسح على العصائب والجبائر من شدهما على وضوء وعلى غير وضوء بخلاف المسح على الخفين لأنها طهارة ضرورة) انظر الكافى (١/ ١٧٩).

(٦) انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٥٣٦).

باب التيمم

التيمم[١]: جائز عند عدم الماء[٢]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدًا طيبًا﴾ [المائدة:٦]، وقوله ﷺ: «الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو لم يجد الماء عشر حجج»[٣]، ولا خلاف فى ذلك فى السفر[٤].

فصل

وأما فى الحضر فيجوز عندنا إذا عدم الوصول إليه[٥]، خلافًا لأبى حنيفة حين منعه لغير المحبوس والمريض[٦]، لقوله عز وجل: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة:٦]، فعم، وقوله ﷺ: «الصعيد الطيب وضوء المسلمين ولو لم يجدوا الماء عشر حجج»[٧]، ولأنه عادم للماء كالمسافر.

فصل

ولا إعادة عليه[٨] خلافًا للشافعى[٩]، لأنها صلاة لزم أداؤها بالتيمم فوجب أن يسقط فرضها كصلاة المسافر.

---

(١) التيمم فى اللغة: التوخى والتعمد، الياء بدل من الهمزه وءممه: قصده)، انظر القاموس المحيط (٤/ ١٩٣)، وشرعًا (مسح الوجه بعد ضرب صعيد بيد واليدين إلى الكوعين كذلك لإباحة صلاة)، انظر شرح حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع، (١/ ١٠٥).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٨٠)، انظر المدونة الكبرى (١/ ٤٦).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٣٤).

(٤) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٨٩) ح (٣٣٣)، والترمذى: الطهارة (١/ ٢١١، ٢١٢) ح (١٢٤) وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائى: الطهارة (١/ ١٣٩) (باب الصلوات بتيمم واحد).

(٥) قال ابن عبد البر: (كل من عدم الماء فلم يجده بعد طلبه ولا قدر عليه جاز له التيمم فى السفر والحضر)، انظر الكافى (١/ ١٨٠).

(٦) قال المرغيناني: (ومن لم يجد ماء وهو مسافر أو خارج المصر بينه وبين المصر نحو ميل أو أكثر يتيمم بالصعيد)، انظر الهداية شرح البداية (١/ ٢٦)، انظر بدائع الصنائع (١/ ٤٦).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) انظر كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٠٢)، انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ١٤٨).

(٩) انظر الأم للشافعى (١/ ٤٣).

فصل

والمرض مؤثر فى جواز التيمم بغير خلاف[١] إذا خيف منه التلف باستعمال الماء، فأما إذا خيف من زيادة المرض فيجوز عندنا التيمم معه[٢] خلافًا للشافعى[٣]، لقوله عز وجل: ﴿وإن كنتم مرضى﴾ [المائدة:٦] فعم، ولأن حرمة النفس أعظم من حرمة المال، وقد ثبت أنه لو وجد الماء بما يلحقه ضرر فى ماله لم يلزمه شراؤه، فكان بأن يسقط عنه استعمال لضرر فى بدنه أولى، واعتباراً بخوف التلف، ولأنها طهارة جوزت لضرورة، فلم يفترق الحكم فيها بين خوف التلف وزيادة المرض أصله المسح على الجبائر.

فصل

لا خلاف فى جواز التيمم للمحدث[٤] فأما الجنب فيجوز له التيمم عندنا[٥]، وحكى عن عمر، وابن مسعود[٦] منعه، ودليلنا قوله تعالى: ﴿أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة:٦]، فعم كل ملامس، وقوله ﷺ لعمار: «وإنما يكفيك هكذا

---

(١) انظر الشرح الكبير بحاشية الدسوقى(١/١٤٩)، وانظر المغنى (١/٢٣٩). رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٥).

(٢) قال ابن عبد البر: (ومن خاف على نفسه من الماء كالمحصوب والمجدور وصاحب الجراح الكثيرة تيمم)، انظر الكافى (١/ ١٨٠).

(٣) قال الإمام النووى: (إن خاف زيادة العلة وهو كثرة ألم وإن لم تزد المدة أو يخاف بطء البرء وهو طول مدة المرض وإن لم يزد الألم أو يخاف شدة الضنا وهو المرض المدنف الذى يجعله زمنًا أو يخاف حصول شين قبيح كالسواد على عضو ظاهر كالوجه وغيره مما يبدو فى حال المهنة ففى الجميع ثلاث طرق:

أصحها: فى المسألة قولان. أظهرهما: جواز التيمم.

الثانى: لا يجوز قطعا.

الثالث: يجوز قطعًا.

وإن خاف شيئًا يسيراً كأثر الجدرى وسواد قليل أو شيئًا قبيحًا على غير الأعضاء الظاهرة أو يكون به مرض لا يخاف من استعمال الماء معه محذوراً فى العاقبة وإن كان يتألم فى الحال بجراحه أو برد أو حر فلا يجوز التيمم لشىء من هذا بلا خلاف)، انظر روضة الطالبين (١/١٠٣).

(٤) انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٢).

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٨١).

(٦) قال الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسى (وكان ابن مسعود لا يرى التيمم للجنب ونحوه عن عمر رضى الله عنهما)، انظر المغنى (١/٢٦١).

وهكذا»[١]، ووصف له التيمم، ولأنه محدث عادم للماء فأشبه الحدث الأصغر.

فصل

التيمم يفعل فى عضوين وهما: الوجه واليدان فقط[٢] لقوله تعالى: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة:٦]، وقوله ﷺ: التيمم ضربتان: ضربة للوجه، وضربة لليدين إلى المرفقين»[٣]، وفى حديث عمار: «إنما يكفيك ضربة لوجهك ويديك»[٤].

فصل

والفرض للوجه إيعابه، للظاهر، والخبر[٥]، ولأنها طهارة من حدث كالوضوء[٦]، فأما اليدان فقيل: إلى المرفقين[٧]، وقيل: إن تيمم إلى الكوعين[٨] أجزأه[٩]، فوجه الأول قوله عز وجل: ﴿وأيديكم﴾ [المائدة:٦]، واسم اليد يقتضى إلى المناكب، وقوله ﷺ: «التيمم ضربتان: ضربة للوجه، وضربة لليدين إلى المرفقين»[١٠]، ولأنه بدل يفعل فى محل مبدله، فكان فى الاستيعاب كمبدله أصله: الوجه.

---

(١) أخرجه البخارى: التيمم (١/ ٥٤٣) ح (٣٤٧)، ومسلم: الحيض (١/ ٢٨٠) ح (١١٠/ ٣٦٨).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٨١).

(٣) أخرجه الدارقطنى: سننه (١/ ١٨٠) ح (١٦) والحاكم فى المستدرك (١/ ١٨٠)، انظر نصب الراية (١/ ١٥٠).

(٤) تقدم تخريجه بنحوه.

(٥) أى: لظاهر قوله تعالى: ﴿فامسحوا بوجوهكم﴾. وللأخبار السابقة.

(٦) انظر كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٠٥).

(٧) قال الشيخ على الصعيدى: (والمشهور ما بين المرفق والكوع أى: الذراع على ظاهر ذراعه خصه بالذكر دون ظاهر اليد المفسر بالكف لقول الأقفهسى إذ لا تمكنه تخنية الأصابع إلا عليه لا على الكف)، انظر الحاشية على كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٠٥).

(٨) قال الفيروزآبادى: (الكوع طرف الزند الذى يلى الإبهام والكاع طرف الزند الذى يلى الخنصر وهو الكرسوع أو الكوع)، انظر القاموس المحيط (٣/ ٨٠).

(٩) قال ابن عبد البر: (ولو تيمم إلى الكوعين فقد اختلف أهل المدينه وأصحاب مالك فى ذلك، فقيل: لا شىء عليه، وقيل: يعيد فى الوقت وهو تحصيل مذهب ابن القاسم وقيل: يعيد على كل حال إذا لم يتيمم إلى المرفقين وهو قول ابن نافع وابن عبد الحكم وابن سحنون، وهذا أحب إلى. انظر الكافى (١/ ١٨٢).

(١٠) تقدم تخريجه.

ووجه رواية الكوعين: قوله عز وجل: ﴿وأيديكم﴾ [المائدة:٦]، واسم اليد الأخص به إلى الكوع. ولأن الأخذ بأوائل الأسماء واجب، والاسم يقع على الكوع، وفى حديث عمار: «إنما يكفيك ضربة لوجهك وكفيك»[1]، ولأنه حكم علق على مطلق اسم اليد، فوجب أن يقتصر به على الكوعين كالقطع، ولأنها طهارة عن حدث فوجب أن يكون مقدار فرض اليدين فيها قدراً يختص به، أصله: سائر طهارات الأحداث.

فصل

والنية فى التيمم واجبة، وينوى الجنب والمحدث به استباحة الصلاة دون رفع الحدث[2]، فإن نوى الجنب استباحة الصلاة من الحدث الأصغر، ففيها روايتان إحداهما: أنه لا يجزيه لأنه أضعف من الغسل، ولا تنوب نية الأضعف عن نية الأقوى[3] والأخرى أنه يجزيه لأنهما حدثان موجبهما واحد وهو التيمم، فإذا نوى أحدهما أجزأه عن الآخر كالمحدث ببول ونوم[4] ينوى بوضوئه أحدهما[5].

فصل

المجدور[6] والمحصوب[7] إذا خافا التلف أو زيادة المرض جاز لهما التيمم لما قدمناه، وكذلك كل من به علة يخاف معها الضرر باستعمال الماء، وللجنب الصحيح إذا خاف التلف أو المرض من شدة البرد أن يتيمم[8] لقوله عز وجل: ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾ [الحج:٧٨]، وقوله: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾ [النساء:٢٩].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ١٥٤).

(٣) قال ابن عبد البر، (ولا يجزئ التيمم إلا بنية والتيمم للجنابة وللحدث وللفريضة)، انظر الكافى (١/ ١٨١).

(٤) ثبت فى (أ) و (ب) (يبول وينوم).

(٥) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ١٥٥).

(٦) قال الفيروزآبادى: (المجدور من به الجدرى وهو القروح فى البدن تنفط وتقيح)، انظر القاموس المحيط (١/ ٣٨٧).

(٧) (المحصوب من به حصبة والحصْبة بثرة يخرج بالجسد)، انظر القاموس المحيط (١/ ١).

(٨) انظر المدونة الكبرى (١/ ٤٩).

فصل

والمريض إذا قدر على استعمال الماء ولم يجد من يناوله إياه تيمم لأنه كالعادم، وكذلك الخائف من لصوص أو سباع[١] (متى خرج إليه)[٢]، ويستحب لهما الإعادة فى الوقت إذا زالت أعذارهما بخلاف المريض الذى يخاف الضرر لأن عذرهما أضعف، ولإمكان أن يكون الأمر بخلاف ما يظنه الخائف ولتفريط المريض بتركه بإعداد من يناوله الماء إذا أراده أو من يقربه منه.

فصل

وإذا وجد الماء بثمن مثله أو ما يقاربه لزمه شراؤه إذا قدر عليه، لأن القدرة على ثمن الشىء كالقدرة على الشىء نفسه أصله الرقبة فى الكفارة أنه لا يجوز له الصوم مع كونها فى الملك أو ثمنها، وإن وجده غاليًا متفاحش الغلاء لم يلزمه وعدل إلى التيمم[٣].

فصل

العادمون للماء ثلاثة: منهم من يدخل الوقت عليه وهو راج له يغلب على ظنه وصوله إليه فى الوقت[٤]، فيستحب له تأخير التيمم ليجمع بين الوقت والطهارة الكاملة لأن مراعاة كمال الطهارة أولى من مراعاة فضيلة أول الوقت، ومنهم من يغلب على ظنه أنه لا يجده حتى يخرج الوقت فيستحب له أن يقدم التيمم لأن فى تأخيره فوت الأمرين[٥]، ومنهم من هو بين الخوف والرجاء لا يغلب على ظنه أحد الأمرين فيتيمم وسط الوقت لأنه لم تبلغ فيه قوة الرجاء أن يؤخره ولا ضعفه أن يقدمه فاستحب له الوسط[٦].

---

(١) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ١٥١).

(٢) سقطت من (أ).

(٣) قال فى المدونة: (وسألت مالكًا عن الجنب لا يجد الماء إلا بثمن قال: إن كان قليل الدراهم رأيت أن يتيمم وإن كان موسعًا عليه يقدر رأيت أن يشترى ما لم يكثر عليه فى الثمن فإن رفعوا عليه فى الثمن تيمم وصلى)، انظر المدونة الكبرى (١/ ٥٠).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٨٠).

(٥) انظر حاشية الصعيدى على كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٠١).

(٦) انظر كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٠١).

فصل

إذا تيمم ثم وجد الماء فى الوقت فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يجده قبل الشروع فى الصلاة أو بعد الشروع فيها أو بعد الفراغ منها، فإن وجده قبل الشروع فيها بطل تيممه ولزمه استعماله[١] لقوله ﷺ: «التراب كافيك ما لم تجد الماء»[٢]، وهذا واجد، وقوله: «إذا وجدت الماء فأمسه جلدك»[٣]، وإن وجده حال تشاغله بالصلاة مضى عليها[٤] خلافًا لأبى حنيفة[٥]، لأنه حال لا يلزمه فيها طلبه كبعد الفراغ، وإن وجده بعد الفراغ، فكذلك أيضًا خلافًا لطاوس[٦]، لأنها صلاة أديت بطهر صحيح، فلم يلزم إعادتها أصلاً إذا أديت بالوضوء أو إذا وجد الماء بعد الوقت[٧].

فصل

وعليه أن يطلب الماء[٨]، خلافًا لأبى حنيفة[٩]، لقوله عز وجل: ﴿فلم تجدوا

(١) انظر المدونة الكبرى (١/٤٦).

(٢) أصله فى البخارى من حديث عمران بن حصين الخزاعى بلفظ «عليك بالصعيد فإنه يكفيك»، أخرجه البخارى: التيمم (١/٥٤٥) ح (٣٤٨).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الشيخ الدردير: (وبطل بوجود الماء الكافى أو القدرة على الاستعمال قبل الدخول فى الصلاة إن اتسع الوقت لإدراك ركعة بعد استعماله وإلا لا إن وجده بعد الدخول فيها فلا يبطل بل يجب استمراره فيها ولو اتسع الوقت لدخوله بوجه جائز)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/١٥٨).

(٥) قال الموصلى: (وإن وجده فى خلال الصلاة توضأ واستقبل لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف ولأن التيمم ينتقض برؤية الماء فانتقضت طهارته فيتوضأ ويستقبل)، انظر الاختيار للموصلى الحنفى (١/٢٩).

(٦) قال ابن حزم: (إن وجد الماء بعد الصلاة أيعيد أم لا؟ فقال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبى والحسن وأبو سلمة بن عبد الرحمن: إنه يعيد ما دام فى الوقت)، انظر المحلى (٢/١٢٤).

(٧) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٨٤).

(٨) قال ابن عبد البر: (كل من عدم الماء فلم يجده بعد طلبه، ولا قدر عليه جاز له التيمم)، انظر الكافى (١/ ١٨٠).

(٩) قال الموصلى الحنفى: وإن تيمم قبل الطلب جاز عند أبى حنيفة لأنه عاجز ولا يجب عليه الطلب وعند أبى يوسف لا يجوز لأن الماء مبذول عادة فصار كالموجود. انظر الاختيار (١/ ٣١).

ماء﴾ [المائدة:٦] وهذا يفيد وجوب الطلب، ولأنه بدل مرتب فلم يجز الانتقال إليه إلا بعد طلب المبدل وإعوازه[١]، كالصوم فى الكفارة.

فصل

ولا يجوز التيمم قبل دخول الوقت[٢] خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لقوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ [المائدة:٦] إلى قوله: ﴿فتيمموا﴾ [المائدة:٦]، وذلك لا يكون إلا بعد دخول الوقت، ولأنه تيمم لفرضه مع الاستغناء عنه فأشبه حال وجود الماء.

فصل

ولا يجوز الجمع بين صلاتين فرض بتيمم واحد، لأن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما يبيح الصلاة فلم يستبح به إلا أقل ما يكن فيه[٤]، ولو أبيح ذلك لأدى إلى سقوط الطلب أو تقديم التيمم على الوقت.

فصل

ويجوز أن يجمع بين نوافل كثيرة [بتيمم واحد][٥] فى فور واحد ما لم يقطعه أو يطل به، لأنه غير مختص بوقت، ولأن جنسه يجرى مجرى الصلاة الواحدة، فإذا خرج عن فوره أو طال استأنف له تيممًا، لأن ذلك يجرى مجرى الفراغ من المكتوبة، فيحتاج إلى تيمم لاستئناف أخرى[٦]، فأما الجمع بين الفوائت ففيه خلاف بين أصحابنا: فمن أجازه جعلها جنسًا كالنفل، ومن منعه اعتبره بالفرائض الحاضرة.

---

(١) ثبت فى (أ) (أعوانه).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٨٣).

(٣) قال الموصلى: (ويجوز قبل الوقت تمكينًا له من الأداء فى أول الوقت كما فى الوضوء لأنه خلفه)، انظر الاختيار (١/٢٩).

(٤) استثنى من هذا صاحب كفاية الطالب الربانى المريض فقال (إلا مريض لا يقدر على مس الماء لضر بجسمه مقيم يتيمم فى وقت الصلاة الأخرى، وقد قيل: يتمم لكل صلاة مفروضة صحيحًا كان أو مريضًا مسافرًا أو مقيمًا)، انظر كفاية الطالب الربانى (١/٢٠٢).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) قال فى المدونة: (وإن تيمم فصلى مكتوبة ثم ذكر مكتوبة أخرى كان نسيها فليتيمم لها أيضًا ولا يجزئه ذلك التيمم لهذه الصلاة، ثم قال: عن ابن عباس أنه قال: لا يصلى بالتيمم إلا صلاة واحدة، انظر المدونة الكبرى (١/٥٢).

فصل

الصعيد الذى يتيمم به : هو الأرض وجميع أنواعها من تراب وجص[١] ورمل وحجارة وصخر وغير ذلك[٢]، (خلافًا للشافعى فى قوله: هو التراب لا غير ذلك)[٣]، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فتيمموا صعيداً طيباً﴾ [المائدة:٦]، قال أهل اللغة: الصعيد وجه الأرض كان عليها تراب أو لم يكن[٤]، قال الزجاج: لا خلاف بين أهل اللغة فى ذلك، وقوله ﷺ: «جعلت لى الأرض مسجداً وطهوراً»[٥]، ولأنه نوع من أنواع الأرض كالتراب.

فصل

ويكره أن يؤم المتيمم المتوضئين، فإن فعل أجزاهم، أما كراهتنا فلأن المتيمم أخفض حالاً من المتوضئ لنقص طهارته وسبيل الإمام أن يكون مساويًا للمأموم أو أعلى، وأما جوازه فلأن كل من جاز له أن يؤم المتيممين جاز له أن يؤم المتوضئين كالمتوضئ[٦].

فصل

ومن وجد من الماء دون كفاية تيمم ولم يلزمه استعماله[٧] خلافًا للشافعى[٨]، لقوله

(١) قال ابن عبد البر: (والصعيد كل ما اتصل بالأرض وصعد عليها من السباخ والحجارة والحصاة والثلج الملتئم على وجه الأرض واختلف قوله فى التيمم على الثلج وكل تراب صعد وليس غبار الثياب بصعيد إذا كان فيها وأفضل الصعيد أرض الحرث)، انظر الكافى (١/ ١٨٢).

(٢) ما يكون للبناء به وهو معرب القاموس المحيط (٢/ ٢٩٧).

(٣) قال الإمام الشافعى: (ولا يقع اسم صعيد إلا على تراب ذى غبار)، انظر الأم (١/ ٤٣)، ومجموع شرح المهذب (٢/ ٢١٣).

(٤) قال الفيروزآبادى (الصعيد: التراب أو وجه الأرض) القاموس المحيط (١/ ٣٠٧).

(٥) أخرجه البخارى: التيمم (١/ ٥١٩) ح (٣٣٥)، ومسلم: المساجد (١/ ٣٧٠) ح (٣/ ٥٢١).

(٦) قال سحنون: (وقال: قال مالك فى المتيمم يؤم المتوضئين قال يؤمهم المتوضئ أحب إلى وإن أمهم المتيمم رأيت صلاتهم مجزئة عنهم قال ابن وهب: وقال مثل قول مالك فى المتيمم لا يؤم المتوضئين قال يؤمهم متوضئ أحب إلى)، انظر المدونة الكبرى (١/ ٥٢).

(٧) قال ابن عبد البر: (ومن لم يكفه الماء لم يلزمه أن يجمع بين التيمم والوضوء)، انظر الكافى (١/ ١٨١).

(٨) قال الإمام الشافعى: وإذا وجد الرجل المسافر ماء لا يطهر أعضاءه كلها لم يكن عليه أن يغسل =

تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة:٦]، فألزم التيمم عند سقوط استعمال الماء، [فلما كان التيمم واجبًا][1] في هذا الموضع دل على أن استعمال بعض الماء غير واجب، ولأنه بدل عن مبدل والجمع بينهما لا يجب كما لو وجد بعض الرقبة لم يلزمه إعتاقها والصوم.

= منها شيئًا قال الربيع وله قول آخر أنه يغسل بما معه من الماء بعض أعضاء الوضوء ويتيمم بعد ذلك. انظر الأم للشافعي (١/ ٤٢)، انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٢٧٠).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب) و (أ).

باب : الوضوء[١]

الوضوء يجب بثلاثة أنواع: أحدها: ما يخرج[٢] من السبيلين[٣] من غائط وريح وبول ومذى وودى، وهذا ما لا خلاف فيه[٤]، الثانى: النوم[٥] وما فى معناه من زوال العقل بإغماء أو سكر أو جنون[٦]، والثالث: الملامسة للذة[٧] وما فى معناه من مس الذكر[٨].

فصل

وإذا كان خروج البول والمذى على وجه السلس والاستنكاح فلا وضوء فيه[٩] خلافًا لأبى حنيفة[١٠] والشافعى[١١]، لما روى أن عمران بن حصين قال: يا رسول الله، إن بى

(١) الوضوء لغة: من الوضاءة، وهى: الحسن والنظافة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٣٢)، واصطلاحًا: استعمال الماء فى أعضاء مخصوصة، مفتتحًا بنية.

(٢) خرج بالخارج الداخل من عودٍ أو أصبع أو حقنة، فلا ينقض ومغيب حشفة فإنه لا ينقض الوضوء خاصة، بل يوجب ما هو أعم، والقرقرة والحقن الشديدان خلافًا لبعضهم، انظر الشرح الكبير للقطب الدردير (١/ ١١٤ ـ ١١٥).

(٣) أى المعتاد من المخرج المعتاد فى الصحة، انظر الشرح الكبير للقطب الدردير (١/ ١١٤).

(٤) انظر الإجماع لابن المنذر (٢/ ٣١).

(٥) أى إن ثقل، وأما إذا خف النوم فلا ينقض الوضوء لانتفاء مظنة الحدث، وكذلك لو طال الخفيف لا ينقض الوضوء، وندب الوضوء إن طال الخفيف خلافًا لابن بشير، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ١١٨ ـ ١١٩).

(٦) انظر الشرح الكبير للدردير (١/ ١١٨).

(٧) انظر الشرح الكبير للدردير (١/ ١١٩).

(٨) انظر الشرح الكبير للدردير (١/ ١٢١).

(٩) قال ابن القاسم: قال الإمام مالك: إن كان ذلك فى سلس من برد أو ما أشبه ذلك قد استنكحه ودام به فلا أرى عليه الوضوء، وإن كان ذلك فى طول غربة أو تذكر فخرج منه أو كان إنما يخرج منه المرة بعد المرة فأرى أن ينصرف فيغسل ما به ويعيد الوضوء. انظر: المدونة (١/ ١٠) الكافى لابن عبد البر (١/ ١٥٠ ـ ١٥١).

(١٠) إلا أنه لا يكون حدثًا فى الحال ما دام وقت الصلاة قائمًا. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١/ ٢٧ ـ ٢٨).

(١١) قال الشيخ النووى : قال أصحابنا : حكم سلس البول وسلس المذى حكم المستحاضة فى =

الناصور يسيل منى، فقال ﷺ: «إذا توضأت فسال من قرنك إلى قدمك فلا وضوء عليك»[١]، ولأن خروجه على وجه السلس فأشبه أن يخرج فى الصلاة»[٢].

فصل

وما خرج من السبيلين مما ليس بمعناه كالحصى والدود والدم فلا وضوء فيه[٣] خلافًا لهما[٤]، لقوله تعالى: ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ [المائدة:٦] والاسم ينطلق على الحدث المعتاد، وقوله ﷺ: «لا وضوء إلا من صوت أو ريح»[٥]، ولأنه نوع من غير أنواع الأحداث المعتادة دليله إذا خرج من غير السبيلين.

فصل

وأما وجوب الوضوء من النوم فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة

= وجوب غسل النجاسة وحشو رأس الفرج والشد بخرقة، والوضوء لكل فريضة... إلى آخر ما قال. انظر شرح المهذب (٢/ ٥٤١).

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١/ ٥٢٤) ح (١٦٧١، ١٦٧٢)، والدارقطنى: سننه (١/ ١٥٩) ح (٤٠) والطبرانى فى الكبير (١١/ ١٠٩) ح (١١٢٠٢) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما وذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (١/ ٢٥٢) وقال: وفيه عبد الملك بن مهران قال العقيلى: صاحب مناكير.

(٢) قال الشيخ ابن عبد البر: والأحوط عندى أن يجعل السلس إيجابًا للوضوء فى كل صلاة قياسًا على الصلاة لأنه يصلى وبوله يقطر فكذلك يتوضأ وبوله يقطر ولا يكلف إلا ما يقدر، انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٥١).

(٣) قال الشيخ سحنون: قلت فالدود يخرج من الدبر. قال: لا شىء عليه عند الإمام مالك، انظر المدونة (١/ ١١)، قال ابن عبد البر: لأن الإشارة بذلك عند الإمام مالك إلى ما عهد دائمًا مترددًا دون ما لم يعهد، انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٤٥).

(٤) أما عند السادة الأحناف فقال ملك العلماء: الذى ينقضه الحدث ثم قال: وسواء كان الخارج من السبيلين معتادًا كالبول، والغائط، والمنى، والمذى والودى ودم الحيض والنفاس أو غير معتاد كدم الاستحاضة، انظر بدائع الصنائع (١/ ٢٤).

وأما عندنا نحن معاشر الشافعية فقال الإمام المعظم: وكذلك الدود يخرج منه والحصاة أى ينقض الوضوء، انظر الأم (١/ ١٤).

(٥) أخرجه الترمذى: الطهارة (١/ ١٠٩) ح (٧٤) وقال: حسن صحيح، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٧٢) ح (٥١٥) وأحمد: المسند (٢/ ٦٢٠) ح (١٠١٠٥)، انظر تلخيص الحبير (١/ ١٢٥) ح (٦).

فاغسلوا﴾ [المائدة:٦]، قيل فيه: إذا قمتم من المضاجع، وقوله ﷺ: «العينان وكاء السه فمن نام فليتوضأ»[١]، وقوله: «لكن من بول أو غائط أو نوم»[٢]، ولأن الغالب منه أن الاستثقال فيه يؤدى إلى خروج الحدث فأجرى غالبه مجرى يقينه، ولذلك علله ﷺ حين قال: «فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله»[٣]، [ولأن النائم يخرج منه الريح غالبًا، ثم هو حال انتباهه لا يدرى ما كان منه فنحن متى سوغنا له الصلاة بوضوء قبل النوم مع كوننا على غير ثقة من بقاء طهارته تلك كنا قد سوغنا له الصلاة محدثًا فكان الاحتياط أن يلزمه الوضوء ليصلى على ثقة من طهارته وارتفاع الحدث][٤].

فصل

فأما زوال العقل بالإغماء، والجنون والسكر، فإنما أوجب الوضوء لأنه أدخل فى هذا المعنى من النوم لأن النوم يزول بالانتباه وقليل الإيقاظ، وهذه الأشياء أبعد منه عن الإفاقة، فكانت أولى بوجوب الوضوء منه.

فصل

فأما الملامسة والقبلة وما فى بابها فتؤثر فى وجوب الوضوء، خلافًا لأبى حنيفة[٥]، لقوله تعالى: ﴿أو لامستم النساء﴾ [المائدة:٦]، فعم، ولأنه لمس يحرم الربيبة فأشبه التقاء الختانين.

---

(١) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٥١) ح (٢٠٣)، انظر نصب الراية (١/ ٤٥).

(٢) أخرجه الترمذى: الطهارة (١/ ١٥٩) ح (٩٦) وقال: حسن صحيح، والنسائى: الطهارة (١/ ٧١) (باب التوقيت فى المسح على الخفين للمسافر)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٦١) ح (٤٧٨).

(٣) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٥١) ح (٢٠٢) وقال: وهو حديث منكر لم يروه إلا يزيد (أبو خالد) الدالانى عن قتادة، والترمذى: الطهارة (١/ ١١١) ح (٧٧) وأحمد: المسند (١/ ٣٣٦) ح (٢٣١٩).

(٤) سقط من (أ).

(٥) قال الشيخ الكاسانى: (ولو لمس امرأته بشهوة أو غير شهوة فرجها أو سائر أعضائها من غير حائل ولم ينتشر لها لا ينتقض وضوؤه عند عامة العلماء. ولنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن هذه الحادثة فقالت: كان رسول الله ﷺ يقبل بعض نسائه ثم يخرج إلى الصلاة ولا يتوضأ ولأن المس ليس بحدث بنفسه ولا سبب لوجود الحدث غالبًا فاشبه مس الرجل الرجل والمرأة المرأة)، انظر بدائع الصنائع (١/ ٣٠)، شرح النقاية للحافظ على القارئ الحنفى (١/ ٣٥).

فصل

ومن شرط وجـوب الوضوء باللمس أن تقارنه الـلذة، فإن عريت منه لم يجب فـيه الوضوء، خلافًا للشافعى فى إيجابه الوضوء مع اللذة وعدمها[١]، لأنه ﷺ: «كان يقبل ويلمس ثم يصلى ولا يتوضأ»[٢]، وقد ثبت أنه لا يجـوز حمله على اللذة، فلم يبق إلا أن يكون لغير لذة، ولأنه لمس لا لذة فيه فأشبه مس الرجل الرجل.

فصل

وإن وجدت اللذة فلا فـرق بين الحائل وعدمه خـلافًا للشافعى[٣]، لأنه لمس قارنته الشهوة كالملامسة.

فصل

ومس الذكر مؤثر فى وجوب الوضوء، خلافًا لأبى حنيفة[٤]، لقوله ﷺ: «من مس ذكره فليتوضأ»[٥]، ولأنه لمس يفضى إلى خروج المذى فأشبه مس الفرج بالفرج.

فصل

اختلف أصحابنا فى صفة المراعاة فيـه : فمنهم من يقول : إن الاعتبار فيه أن يكون ببطن الكف دون غـيره ولا اعتـبار للذة ، ومنهم من يقـول : إن الاعتـبار فيـه باللذة

(١) انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٢٣)، انظر روضة الطالبين (١/ ٧٤).

(٢) عند أبى داود وغيره بلفظ «قـبل امرأة من نسائه، ثم خرج إلى الصلاة ولم يتـوضأ»، أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٤٥) ح (١٧٩) والترمذى: الطهـارة (١/ ١٣٣) ح (٨٦)، والنسائى: الطهارة (١/ ٨٦) (باب ترك الوضـوء من القبلة) وابن مـاجه: الطهـارة (١/ ١٦٨) ح (٥٠٢) وأحمـد. المسند (٦/ ٢٣٥) ح (٢٥٨٢٠) عن عائشة رضى الله عنها.

أمـا حديث الـلمس عند البـخارى ومـسلم عن عـائشـة بلفظ «كنت أنام بين يدى رسـول الله ﷺ. . . ، فإذا سـجد غـمزنى. . .» أخـرجه البـخارى: الصلاة (١/ ٥٨٦) ح (٣٨٢) ومـسلم: الصلاة (١/ ٣٦٧) ح (٢٧٢/ ٥١٢).

(٣) انظر روضة الطالبين للنووى (١/ ٧٥)، انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٣٠).

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١/ ٣٠)، شرح النقاية (١/ ٣٤)

(٥) أخرجـه أبو داود: الطهارة (١/ ٤٥) ح (١٨١) والترمذى: الطهـارة (١/ ١٢٦) ح (٨٢) وقال: حسن صحيح. والنسائى: الطهارة (١/ ٨٣) (باب الوضوء من مس الذكر)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٦١) ح (٤٧٩) ومالك فى الموطأ: الطهارة (١/ ٤٢) ح (٥٨)، انظر نصب الراية (١/ ٥٤).

كلمس[١] النساء، فوجه الأول قوله ﷺ: «إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه فليتوضأ»[٢]، والإفضاء لا يكون إلا ببطن الكف، ووجه الأخرى أنه لمس باليد يؤثر فى نقض الوضوء، فكان الاعتبار فيه باللذة كمس النساء[٣].

فصل

ولا وضوء من مس الأنثيين خلافًا لعروة بن الزبير[٤]، ولا من مس الدبر خلافًا للشافعى[٥]، لأنها مواضع من البدن لا لذة فى مسها فأشبهت سائر الأعضاء.

فصل

وفى تخريج مس المرأة فرجها خلاف على وجهين: أحدهما ألا وضوء فيه لأن الخبر ورد فى الذكر دون غيره، والثانى أن فيه الوضوء مع اللذة والإلطاف لأنه شخص ملتذ بمس فرجه كالرجل.

فصل

ولا وضوء مما يخرج من غير السبيلين من قىء[٦] أو رعاف[٧] أو غيره، خلافًا لأبى حنيفة[٨]، لأنه خارج من غير المخرج المعتاد للحدث، فأشبه الدود الخارج من الجرح، ولأن كل خارج لم ينقض قليله الوضوء، فكذلك كثيره، أصله: الدموع، عكسه: البول.

---

(١) ثبت فى (أ). (كمس).

(٢) أخرجه النسائى: الطهارة (١/ ٨٣) (باب الوضوء من مس الذكر) بنحوه والبيهقى فى الكبرى (١/ ٢٠٩) ح (٦٣٦) والدارقطنى: سننه (١/ ١٤٧) ح (٦)، والحاكم فى المستدرك (١/ ١٣٦)، انظر نصب الراية (١/ ٥٦).

(٣) ثبت فى (أ) (كلمس).

(٤) حكاه الإمام النووى عنه فقال: وحكى أصحابنا عن عروة بن الزبير أن مس الأنثيين والألية والعانة ينقض وقال جمهور العلماء: لا ينقض ذلك كمذهبنا. انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٤٠).

(٥) قال الإمام النووى: (إذا مس دبر نفسه أو دبر آدمى غيره انتقض على المذهب وهو نصه فى الجديد وهو الصحيح عند الأصحاب وقطع به جماعات)، (٢/ ٣٨).

(٦) القىء: إلقاء الطعام، القاموس المحيط (١/ ٢٥).

(٧) الرعاف: خروج الدم من الأنف والرعاف أيضًا الدم بعينه، القاموس المحيط (٣/ ١٤٥).

(٨) انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١/ ٢٦)، الهداية للمرغينانى الحنفى (١/ ١٤).

فصل

ولا وضوء من القهقهة فى صلاة ولا غيرها خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأن كل ما لم يكن حدثًا فى غير الصلاة لم يكن حدثًا فى أصل الصلاة كالكلام، ولأنها صلاة شرعية فلم تتناقض بالقهقهة، أصله: صلاة الجنازة[٢].

فصل

ولا وضوء مما مسته النار خلافًا لبعض المتقدمين[٣]، لأنه ﷺ أكل كتف شاة ثم صلى ولم يتوضأ»[٤]، ولما روى: «أن آخر الأمرين كان منه ﷺ ترك الوضوء مما مسته النار»[٥].

فصل

ولا وضوء من أكل لحوم الإبل خلافًا لأحمد[٦] وداود[٧]، لقوله ﷺ: «لا يتوضأ من طعام أحله الله عز وجل»[٨]، ولأنه مأكول فأشبه الخبز.

فصل

ويستحب غسل اليد والفم من أكل اللحم واللبن، ولأنه ﷺ شرب لبنًا فمضمض

---

(١) قيدها الأحناف بالصلاة فقال الكاسانى: (القهقهة فى صلاة مطلقة وهى الصلاة التى لها ركوع وسجود فلا يكون حدثًا خارج الصلاة)، انظر بدائع الصنائع (١/ ٣٢)، الاختيار للموصلى (١/ ١٥).

(٢) ثبت فى (ب) (الجنائز).

(٣) قال النووى: (وهو قول عمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وأبى قلابة وأبى مجلز وحكاه ابن المنذر عن جماعة من الصحابة: ابن عمر وأبى طلحة وأبى موسى وزيد بن ثابت وأبى هريرة وعائشة رضى الله عنهم، انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٥٧).

(٤) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٧١) ح (٢٠٧)، ومسلم: الحيض (١/ ٢٧٣) ح (٩١/ ٣٥٤).

(٥) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٤٨) ح (١٩٢)، والنسائى: الطهارة (١/ ٩٠) (باب ترك الوضوء مما غيرت النار).

(٦) انظر الكافى لابن قدامة (١/ ٨٥)، المغنى (١/ ١٧٩) والشرح الكبير (١/ ١٨٩).

(٧) انظر المحلى لابن حزم (١/ ٢٤١).

(٨) أخرجه ابن عدى فى الكامل: الضعفاء (٥/ ٧٨١).

وقال: «إن له دسمًا»[1]، ولأنه مقصود به النظافة وإزالة الرائحة من الفم كالسواك.

فصل

ويوجب الغسل شيئان: أحدهما المنى[2]، ودم الحيض والنفاس والولد، والثانى: الإيلاج فى قبل أو دبر، فأما المنى فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿**ولا جنبًا إلا عابرى سبيل حتى تغتسلوا**﴾ [النساء:٤٣]، وقوله عز وجل: ﴿**وإن كنتم جنبًا فاطهروا**﴾ [المائدة:٦]، وقوله ﷺ: «الماء من الماء»[3]، وقوله: «من رأت ذلك منكن فلتغتسل»[4]، وأما دم الحيض والنفاس والولد فيذكر فيما بعد.

فصل

وأما الإيلاج فى القبل إن عرى من الإنزال فإنه يوجب الغسل، خلافًا لداود[5]، لقوله ﷺ: «إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل»[6]، وفى حديث آخر: «أنزل أو لم ينزل»[7]، ولأنه حكم يجب بالإنزال، فوجب أن يجب بالإيلاج، وإن لم يكن إنزال كالحد والمهر.

فصل

وإذا أولج فى دبر لزم[8] الغسل، وإن لم ينزل لأنه فرج يتعلق به الحد فأشبه القبل.

---

(١) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٧٤) ح (٢١١)، ومسلم: الحيض (١/ ٢٧٤) ح (٩٥/ ٣٥٨).

(٢) هو الماء الدافق الذى يخرج عند اللذة الكبرى بالجماع.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال أبو محمد: وإيلاج الذكر فى الفرج يوجب الوضوء كان معه إنزال أو لم يكن. انظر المحلى (١/ ٢٤٩).

(٦) أخرجه الترمذى: الطهارة (١/ ١٨٢) ح (١٠٩) وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٩٩) ح (٦٠٨) واللفظ له، وأحمد: المسند (٦/ ٢٦٦) ح (٢٦٠٧٩).

(٧) أصله عند مسلم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أخرجه مسلم: الحيض (١/ ٢٧١) ح (٨٧/ ٣٤٨).

(٨) ثبت فى (أ) (وجب).

فصل

إذا حاضت الجنب أو أجنبت الحائض، فلا غسل عليها حتى تطهر، فإذا طهرت كفاها غسل واحد خلافًا لداود[١]، لأنهما حدثان ترادفا موجبهما واحد فناب عنهما طهر واحد كما لو كانا من جنس واحد كالجنابتين.

فصل

إذا أسلم الكافر فعليه الغسل لأنه ﷺ أمر غيلان، وثمامة حين أسلما بالغسل[٢]، ولأنه جنب فلزمه الاغتسال للجنابة.

فصل

ولا يجوز للجنب اللبث فى المسجد[٣] خلافًا لداود[٤]، لقوله ﷺ: «لا أحل المسجد لجنب ولا لحائض»[٥]، ولأنه شخص يلزمه الغسل كالكافر.

فصل

ولا يجوز له الاجتياز فيه خلافًا للشافعى[٦] للخبر[٧]، ولأنه نوع من الكون فيه كاللبث.

---

(١) قال ابن حزم: (لو حاضت المرأة بعد أن وطئت فهى بالخيار إن شاءت عجلت الغسل للجنابة وإن شاءت أخرته حتى تطهر فإذا طهرت لم يجزها إلا غسلان)، المحلى (٢/ ٤٣).

(٢) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٦٦١) ح (٤٦٢)، والنسائى: الطهارة (١/ ٩١) (باب تقديم غسل الكافر إذا أراد أن يسلم) وعندهما خبر إسلام «ثمامة بن أثال»: ولم أجد حديث «غيلان بن سلمة».

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ٣٧).

(٤) قال النووى: (وقال المزنى وداود وابن المنذر: يجوز للجنب المكث فى المسجد مطلقًا وحكاه الشيخ أبو حامد عن زيد بن أسلم)، انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ١٦٠).

(٥) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٥٨) ح (٢٣٢)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ٢١٢) ح (٦٤٥) انظر تلخيص الحبير (١/ ١٤٨) ح (٧).

(٦) انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ١٧٢).

(٧) للحديث السابق الذكر.

فصل

ولا يجوز لمحدث حدثًا أعلى أو أدنى مس المصحف خلافًا لداود[(١)]، لقوله عز وجل: ﴿لا يمسه إلا المطهرون﴾ [الواقعة:٧٩]، والنهى على الحظر، ولقوله ﷺ: «لا يمس القرآن إلا طاهر»[(٢)]، والمراد ما كتب فيه.

فصل

ويجوز إمساك الصبيان الألواح والمصاحف على غير وضوء للضرورة إلى تعليمهم والمشقة اللاحقة فى أخذهم بالتطهير فى كل وقت مع قصورهم عن حد التكليف.

فصل

ولا يجوز للجنب أن يقرأ خلافًا لداود[(٣)]، لقوله ﷺ: «لا يقرأ جنب ولا حائض شيئًا من القرآن»[(٤)]، وقول على رضى الله عنه: كان رسول الله ﷺ لا يحجزه شىء عن قراءة القرآن إلا الجنابة»[(٥)]، ولأنه لما منع من الدخول إلى المسجد كان بأن يمنع قراءة القرآن أولى.

فصل

ويجوز أن يقرأ الآيات اليسيرة على وجه التعوذ خلافًا لأبى حنيفة[(٦)] والشافعى[(٧)]،

(١) قال ابن قدامة المقدسى: (لا نعلم مخالفًا فى عدم جواز مس المصحف إلا لطاهر غير داود فإنه أباح مسه واحتج بأن النبى ﷺ كتب فى كتابه آية إلى قيصر)، انظر المغنى (١/١٣٧).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: القرآن (١/١٩٩) ح (١)، والدارمى: الطلاق (٢/٢١٤) ح (٢٢٦٦).

(٣) انظر المجموع شرح المهذب (٢/١٥٨).

(٤) أخرجه الترمذى: الطهارة (١/٢٣٦) ح (١٣١)، وابن ماجه: الطهارة (١/١٩٦) ح (٥٩٦)، انظر نصب الراية (١/١٩٥).

(٥) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/٥٧) ح (٢٢٩) والترمذى: الطهارة (١/٢٧٣) ح (١٤٦) وقال: حسن صحيح، والنسائى: الطهارة (١/١١٨) (باب حجب الجنب عن قراءة القرآن)، وابن ماجه: الطهارة (١/١٩٥) ح (٥٩٤).

(٦) قال الموصلى: (ولا يجوز للجنب قراءة القرآن لقوله ﷺ «لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئًا من القرآن» وعن الطحاوى أنه يجوز له بعض آية والحديث لا يفصل ولا بأس بأن يقرأ شيئًا منه لا يريد به القرآن كالبسملة والحمد لله) الاختيار (١/١٨)، بدائع الصنائع (١/٣٤).

(٧) انظر المجموع شرح المهذب (١/١٥٨).

لأن حكم اليسير مخالف حكم الكثير، ألا ترى: «أن النبى ﷺ منع أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو»[١]، ثم كتب إليهم: ﴿يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله﴾ [آل عمران: ٦٤] الآيات، ولأن الإنسان يتعوذ بذكر الله تعالى فيحتاج إليه للتعوذ، فكان ما يحتاج إليه من ذلك مستثنى من المنع.

فصل

وفى قراءة الحائض روايتان: فوجه المنع قوله ﷺ: «لا يقرأ جنب ولا حائض شيئًا من القرآن»[٢]، ولأنه حدث موجب للغسل كالجنابة، ووجه الجواز فلأنها غير قادرة على رفع حدثها وتطول مدتها فكانت معذورة بذلك للمشقة التى تلحقها كالمحدث.

فصل

ولا يجوز استقبال القبلة ولا استدبارها بالغائط والبول فى الصحارى، خلافًا لداود[٣] لقوله ﷺ: «لا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها بغائط ولا بول»[٤]، وقوله ﷺ: «ولكن شرقوا أو غربوا»[٥].

فصل

ويجوز ذلك فى الدور والأبنية خلافًا لأبى حنيفة[٦]، لما روى ابن عمر رضى الله عنه: «أنه ﷺ كان فى بيت حفصة مستدبر الكعبة مستقبل بيت المقدس»[٧]، ولأن الأبنية قد تضيق فلا يمكن إلا على هذه الصفة ففى منع ذلك مشقة.

---

(١) أخرجه البخارى: الجهاد (٦/ ١٥٥) ح (٢٩٩٠)، ومسلم: الإمارة (٣/ ١٤٩٠) ح (١٨٦٩/٩٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر شرح المهذب (٢/ ٨١).

(٤) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٥٩٤) ح (٣٩٤)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٢٤) ح (٥٩/ ٢٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر الاختيار للموصلى (١/٤٩)، شرح النقاية (١/ ١٠٦).

(٧) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٢٩٧) ح (١٤٥)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٢٤) ح (٦١/ ٢٦٦).

فصل

وفى الجماع مستقبلاً القبلة روايتان[1]: قال ابن القاسم: لا بأس به[2]، وقال ابن حبيب: يكره، فوجه قول ابن القاسم أن النهى ورد فى الحدث دون غيره فوجب قصره عليه، ولأن الجماع مفارق للحدث لأنه يتعلق به حكم الندب فى بعض الأحوال، ووجه قول ابن حبيب لأنه يتعلق بكشف العورة فأمر بالاستتار فيه فكان كالحدث، ولأن المعنى فى معنى الاستقبال بالحدث لتعظيم القبلة وإجلال حرمتها، وذلك يقتضى تساوى هذه الأمور فى المنع.

فصل

اختلف أصحابنا فى إزالة النجاسة هل هى واجبة وجوب السنن المؤكدة، أو وجوب الفرائض، وفائدة ذلك تتصور [فى منع][3] تعمد الصلاة بها مع القدرة على إزالتها، وإذا قيل: إنها سنة مؤكدة فلأن الاتفاق حاصل على جواز الصلاة مع اليسير من جنسها كدم البراغيث وغيره، وعند أبى حنيفة بقدر الدرهم من سائر النجاسات[4]، ولو كانت فرضًا لم تجز الصلاة مع شىء منها كالطهارة من الحدث، وإذا قيل: إنها فريضة فللإجماع على منع تعمد الصلاة بها وذلك يفيد كونها فرضًا كالطهارة من الحدث، فإذا ثبت هذا فعلى القول بأنها سنة يأثم ولا إعادة عليه، وعلى القول الآخر بأنها فريضة لا يجزيه وعليه الإعادة.

فصل

وعلى كلا الوجهين إن صلى بها ناسيًا أو ذاكرًا، ولكن لا يقدر على إزالتها فصلاته جائزة، لما روى: «أن رسول الله ﷺ خلع نعليه فى الصلاة فخلع الناس نعالهم، فلما فرغ قال لهم: «لم خلعتم نعالكم؟»، فقالوا: رأيناك خلعتها، فقال: «إن جبريل أخبرنى

---

(١) ثبت فى (أ) (خلاف).

(٢) قال فى المدونة: (قلت: أيجامع الرجل امرأته مستقبل القبلة فى قول مالك؟ قال: لا أحفظ عن مالك فيه شيئًا وأرى أنه لا بأس به لأنه لا يرى بالمراحيض بأسًا فى المدائن والقرى وإن كانت مستقبلة القبلة)، انظر المدونة الكبرى (١/ ٧).

(٣) ثبت فى (أ) (فيمن).

(٤) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٤٨)، شرح النقاية (١/ ٩٨).

أن فيها قذرًا»[١]، وروى: «نجسًا»[٢] ولم يعد الصلاة ولا أمرهم بإعادتها ولا قطعها بل مضى عليها.

فصل

كل نجاسة سوى الدم فإنه لا يصلى بشيء منها كالبول والغائط والمذى وسائر النجاسات، خلافًا لأبى حنيفة[٣] فى تجويزه الصلاة بقدر الدرهم، لأنها نجاسة يمكن الاحتراز من جنسها[٤] كالزائد على قدر الدرهم.

فصل

وأما الدم فيجوز الصلاة بيسيره، فإن كثر وتفاحش لم يجز[٥]، لأن الدم مخفف فى الأصل، إنما حرم مسفوحه فكان أخف من سائر النجاسات، ولأن أكل اللحم وفيه اليسير من الدم جائز، وكذلك قالت عائشة رضى الله عنها: «لولا أن الله قال: ﴿أو دمًا مسفوحًا﴾ [الأنعام:١٤٥] لتتبع الناس ما فى العروق»[٦].

فصل

لا خلاف عندنا أن كل دم عدا دم الحيض تجوز الصلاة مع يسيره، وأما دم الحيض ففيه روايتان: إحداهما: أن حكمه حكم سائر الدماء، والأخرى: أن قليله وكثيره سواء لا تجوز الصلاة بشيء منه بخلاف سائر الدماء، فوجه الأولى هو أنه دم فأشبه سائر الدماء، ووجه الثانية أن دم الحيض مغلظ أمره بخلاف غيره لأنه خارج من فرج فكان كالبول والمذى.

---

(١) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٧٢) ح (٦٥٠) والدارمى: الصلاة (١/ ٣٧٠) ح (١٣٧٨)، وأحمد: المسند (٣/ ١١٣) ح (١١٨٨٣)، انظر تلخيص الحبير (١/ ٢٩٧) ح (٨).

(٢) عند أبى داود بلفظ «فيهما خبث»، أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٧٢) ح (٦٥١).

(٣) قال المرغينانى: (لأن النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا أن القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوًا وقدرناه بقدر الدرهم أخذًا عن موضع الاستنجاء)، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٣٨)، انظر شرح النقاية (١/ ١٠٦).

(٤) ثبت فى (أ) (منها).

(٥) قال سحنون: (وقال مالك فى الرجل يصلى وفى ثوبه دم يسير من دم حيضة أو غيره فيراه وهو فى الصلاة قال: يمضى على صلاته ولا يبالى ألا ينزعه ولم أر به بأسًا). انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٢).

(٦) انظر جامع البيان للطبرى (٨/ ٧١).

فصل

ويغسل الثوب من بول الصبى والصبية خلافًا للشافعى[(١)] فى قوله: لا يغسل من بول الصبى، لأنه بول آدمى كبول الأنثى، والحديث المروى فى التفريق بينهما[(٢)]. قال مالك: ليس بالمتواطأ عليه.

فصل

لا خلاف أن أبوال ما يحرم أكله وأرواثه نجسة، وأما ما يؤكل لحمه فعندنا أبوالها وأرواثها طاهرة، وقال أبو حنيفة[(٣)] والشافعى[(٤)] نجسة، فدليلنا قوله ﷺ: «ما أكل لحمه فلا بأس ببوله»[(٥)]، و «لأنه ﷺ أباح للعرنيين شرب أبوال الإبل وألبانها»[(٦)]، وقوله: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم»[(٧)]، ثم «طاف بالبيت على بعير»[(٨)]، فدل أن بوله غير نجس وإلا لم تكن لتعرض المسجد لما نهى عن مثله، ولأنه مائع أباح الشرع شربه كاللبن.

فصل

والمنى نجس خلافًا للشافعى[(٩)]، لأنه مائع خارج من السبيل فأشبه البول، ولأنه مائع يوجب البلوغ كدم الحيض، ولأنه يجرى فى مجرى البول ولو كان طاهرًا فى الأصل لوجب أن ينجس لجريه فى مجرى نجس.

---

(١) انظر شرح المهذب (٢/ ٥٩٠).

(٢) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ١٠٠) ح (٣٧٦)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٧٥) ح (٥٢٦).

(٣) انظر شرح النقاية للحافظ على بن سلطان القارى (١/ ٩٩)، والهداية للمرغينانى (١/ ٣٨).

(٤) انظر شرح المهذب (٢/ ٥٥٠)، روضة الطالبين (١/ ١٦).

(٥) أخرجه الدارقطنى: سننه (١/ ١٢٨) ح (٣، ٤)، انظر نصب الراية (١/ ١٢٥).

(٦) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٤٢٨) ح (١٥٠١) ومسلم: القسامة (٣/ ١٢٩٦) ح (٩/ ١٦٧١).

(٧) أخرجه ابن ماجه: المساجد (١/ ٢٤٧) ح (٧٥٠) فى الزوائد: إسناده ضعيف. فإن الحارث بن نبهان متفق على ضعفه، انظر نصب الراية (٢/ ٤٩٢).

(٨) أخرجه البخارى: الحج (٣/ ٥٥٢) ح (١٦٠٧)، ومسلم: الحج (٢/ ٩٢٦) ح (٢٥٣/ ١٢٧٢).

(٩) قال الإمام النووى: (أما حكم المنى فمنى الآدمى طاهر عندنا هذا هو الصواب المنصوص للشافعى رحمه الله فى كتبه وبه قطع جماهير الأصحاب)، انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٥٥٣)، الأم للشافعى (١/ ٤٧).

فصل

ويغسل رطبه ويابسه خلافًا لأبى حنيفة[١]، لقول عائشة رضى الله عنها: «كنت أغسل المنى من ثوب رسول الله ﷺ فيخرج إلى الصلاة ونقع الماء على ثوبه»[٢]، ولأنه نجس فكان كسائر النجاسات.

فصل

وإذا تيقن إصابة النجاسة لثوبه وشك فى موضعه غسله كله، لأنه ليس بعضه أولى من بعض، ولا أمارة تميز له ما أصابه من الموضع الذى لم يصبه، فوجب غسل جميعه لأنه لا يصل إلى غسل ما أصابه إلا بذلك، كما يلزم إمساك جزء من الليل إذا لم يمكن تمييز النهار مثله، لأنه لا يصل إلى استيفاء النهار إلا بذلك وإن علم الجهة من الثوب وشك فى موضع الإصابة منها لم يكن عليه غسل باقيه، وإن شك هل أصابه شىء أم لا نضحه استحبابًا لجواز أن يكون أصابه ولم يلزمه لأن الشك لا يلزم به طهارة[٣].

فصل

لا يجوز إزالة النجاسة بمائع سوى الماء المطلق عن الثياب والأبدان خلافًا لأبى حنيفة[٤] لقوله ﷺ: «فى دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء وصلى فيه»[٥]، ولأنه لا يرفع النجاسة عن نفسه فلم يرفعها عن غيره، ألا ترى أن الماء لما صح أن يدفع النجاسة عن نفسه صح أن يدفعها عن غيره.

---

(١) قال المرغينانى: (قال مشايخنا رحمهم الله: يطهر بالفرك لأن البلوى فيه أشد وعن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا يطهر إلا بالغسل لأن حرارة البدن جاذبة فلا يعود إلى الجرم)، انظر الهداية (٣٧/١)، بدائع الصنائع (١/ ٦٠).

(٢) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٩٧) ح (٢٢٩)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٣٩) ح (١٠٧، ١٠٨) بنحوه.

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٣).

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى (١/ ٨٣)، الهداية للمرغينانى (١/ ٣٦).

(٥) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٩٥) ح (٢٢٧)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٤٠) ح (١١٠).

فصل

السيف إذا أصابه الدم أجزأه مسحه عن غسله لأنه صقيل لا يقبل النجاسة لأنها لا تتخلله[١]، ولأن به ضرورة إلى ذلك لئلا يفسد متى غسل[٢].

فصل

ويغسل الخف والنعل من العذرة والبول، فأما من أرواث الدواب، ففيه روايتان: إحداهما أنه يغسل والأخرى أنه يمسح، فوجه قوله: أنه يغسل اعتباراً بالثياب والحصر، ووجه قوله: أنه يمسح فلأن غسله إفساد له فسومح فيه[٣]، مع كون الأرواث مكروهة عندنا غير نجسة[٤].

(١) ثبت في (أ) (لا يتحلله).
(٢) ثبت في (أ) (غسله).
(٣) بياض في (أ) و (ب).
(٤) حكاهما سحنون في المدونة عن ابن القاسم، انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٠ ـ ٢١).

باب : الاستنجاء[١]

ويستنجى من البول والغائط لقوله ﷺ: «إذا ذهب أحـدكم إلى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار يستطيب بهن»[٢]، وقوله: «لا يكتفين أحدكم بدون ثلاثة أحجار»[٣].

فصل

ولا يستنجى من الريح لقـوله ﷺ: «ليس مـنا من اسـتنجى من الريح»[٤]، ولأنها ليست جسمًا يعلق ولا أثر لها.

فصل

والأفضل الجمع بين الأحجار والماء[٥]، لأن الأحجار تراد للتجفيف والماء يزيل الأثر ويطهر الموضع فإن لم يكن ذلك فالماء أفضل، فإن اقـتصر على الأحجار أجزاه لما رويناه ما لم يعد المخرج أو ما لابد منه، فإن عناه لم يجز فيه إلا الماء، لأن الموضع مخصوص بذلك دون سائر البدن والرخص لا تتعدى بها مواضعها.

فصل

وإذا أنقى بحجر واحد أجـزاه خلافًا للشافعي[٦] فى قوله: لابد من ثلاثة أحـجار.

---

(١) الاستنجاء لغة: من النجو ونجا فلان أحدث والحدث خـرج واستنجى منه حاجته تخلصها والنجا ما ارتفع من الأرض، كالنجـوة، القاموس المحيط (٤/٣٩٣)، وشـرعًا (إزالة البول والغائط عن مخرجيهما) شرح حدود ابن عرفة مع الرصاع (١/٩٦).

(٢) أخرجـه أبو داود: الطهـارة (١/ ١٠) ح (٤٠) والنسائى: الطهـارة (١/٣٨) (باب الاجتـزاء فى الاستطابة بالحجارة) وأحمد: المسند (٦/١٤٩) ح (٢٥٠٦٥)، انظر نصب الراية (١/٢١٥).

(٣) أخـرجه مـسلم: الطهارة (١/٢٢٣ ـ ٢٢٤) ح (٥٧/٢٦٢) وأبو داود: الطهـارة (١/٢) ح (٧) والترمذى: الطهارة (١/٢٤) ح (١٦) والنسائى: الطـهارة (١/٣٦) (باب النهى عن الاكتفاء فى الاستطابة بأقل من ثلاثة أحجار) وابن ماجه: الطهارة (١/١١٥) ح (٣١٦) بنحوه.

(٤) أخرجه ابن عدى فى الكامل للضعفاء، وابن عساكر فى تاريخ دمشق.

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٥٩).

(٦) قال الإمام الشافعى: (فمن تخلى أو بال لم يجزه إلا أن يتمسح بثلاثة أحجار ثلاث مرات). انظر الأم للشافعى (١/١٨)، مجموع شرح المهذب (٢/١١٣).

لقوله ﷺ: «من استجمر فليوتر»[1]، وأقله واحد، ولأنه استنجاء فلم يلزم فيه سوى الإنقاء كالماء، ولأن الإنقاء قد وجد فأشبه إذا أتى بالثلاثة.

فصل

ويكره الاستنجاء بالعظام لقوله ﷺ: «أما العظم فزاد إخوانكم من الجن»[2]، فإن فعل أجزاه خلافًا للشافعي[3]، لأن النهي عن ذلك لتعلق حق الغير وهوكونه طعامًا له، وذلك لا يقتضي الفساد.

فصل

ويكره الاستنجاء باليمين إلا من عذر، ولنهيه ﷺ عن ذلك[4]، وروى أن يده اليمنى ﷺ كانت لطعامه وشرابه واليسرى لما يكون من أذى[5]، فأما مع العذر فجائز للضرورة إليه[6].

---

(١) أخرجه البخاري: الوضوء (١/ ٣١٥) ح (١٦١)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢١٢) ح (٢٢/ ٢٣٧).

(٢) أخرجه البخاري: مناقب الأنصار (٧/ ٢٠٨) ح (٣٨٦٠)، عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ «... فقلت: ما بال العظم والروثة؟ قال: هما من طعام الجن، ...»

(٣) قال الإمام الشافعي، (ولا بعظم للخبر فيه فإنه وإن كان غير نجس فليس بنظيف وإنما الطهارة بنظيف طاهر)، انظر الأم (١/ ١٩)، روضة الطالبين (١/ ٦٨).

(٤) أخرجه البخاري: الوضوء (١/ ٣٠٦) ح (١٥٤)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٢٥) ح (٦٥/ ٢٦٧).

(٥) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٨) ح (٣٣)، وأحمد: المسند (٦/ ٢٩٦) ح (٢٦٣٣٧)، انظر تلخيص الحبير (١/ ١٢٢) ح (٢٨).

(٦) قال ابن عبد البر: (ولا يجوز لأحد أن يستنجي بيمينه)، الكافي (١/ ١٦٠).

باب : فى طهارة الماء

أصل الماء الطهارة والتطهير على اختلاف صفاته وأماكنه: من سماء أو أرض أو بئر أو بحر أو عذب أو مالح، كان مائعًا فى أصله أو ذائبًا بعد جموده. لقوله تعالى: ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهورًا﴾ [الفرقان:٤٨]، وقوله: ﴿وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به﴾ [الأنفال:١١]، وقوله: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدًا طيبًا﴾ [المائدة:٦]، وقوله ﷺ: «خلق الماء طهورًا لا ينجسه شىء»[١]، وروى: «إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»[٢] ، وقوله فى بول الأعرابى : «صبوا عليه ذنوبًا من ماء»[٣] فى نظائر لهذه الأخبار.

فصل

ولا خلاف فى الجملة التى ذكرناها إلا فى ماء البحر، فذكر عن بعض الصحابة منع التطهير به[٤]، والجمهور على أنه مطهر طاهر لعموم الظواهر التى ذكرناها، ولقوله ﷺ وسئل عن التطهر بمائه: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[٥]، واعتبارًا بسائر المياه.

---

(١) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ١٧) ح (٦٦)، والترمذى: الطهارة (١/ ٩٥) ح (٦٦)، وقال: هذا حديث حسن. والنسائى: المياه (١/ ١٤١) (باب ذكر بئر بضاعة)، بلفظ «إن الماء لا ينجسه شىء»، انظر نصب الراية (١/ ١١٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه: الطهارة (١/ ١٧٤) ح (٥٢١) فى الزوائد: إسناده ضعيف لضعف رشدين، انظر نصب الراية (١/ ٩٤).

(٣) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٨٦) ح (٢٢٠)، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٣٦) ح (٩٩/ ٢٨٤) بنحوه.

(٤) قال شيخ الإسلام ابن قدامة المقدسى: (حكى عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو أنهما قالا فى البحر: التيمم أعجب إلينا منه وهو نادر وحكاه الماوردى عن سعيد بن المسيب، انظر المغنى (١/ ٨).

(٥) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٢١) ح (٨٣) والترمذى: الطهارة (١/ ١٠٠ ـ ١٠١) ح (٦٩) وقال: حسن صحيح، والنسائى: الطهارة (١/ ٤٤) (باب ماء البحر)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٣٦) ح (٣٨٦) ومالك فى الموطأ: الطهارة (١/ ٢٢) ح (١٢)، انظر تلخيص الحبير (١/ ٢١) ح (١).

فصل

المياه ضربان: مطلق ومضاف، فالمطلق هو ما لم يتغير أحد أوصافه بما يخالطه مما ينفك عنه غالبًا مما ليس بقرار له ولا حادث عنه، والمضاف هو ما تغير بما وصفناه من ذلك المتغير بالزعفران[1]، والعصفر[2] والخل واللبن وغيره، فأما المتغير بالطين، ففى القسم الأول لأنه قراره ولا ينفك عنه غالبًا، وكذلك الطحلب[3] لأنه متولد عنه عن طول مكثه، وكذلك تغييره بالحمأة[4] وما أشبهها، ثم بعد هذا على ضربين: طاهر ونجس وذلك يرجع إلى صفة ما تغير به، فإن كان طاهرًا سلبه حكم التطهير فقط، وكان طاهرًا غير مطهر كسائر المائعات، وإن كان نجسًا سلبه الصفتين جميعًا.

فصل

قد بينا أن ما خالطه الزعفران والعصفر وغير ذلك أوصافه، فإنه يخرجه عن إطلاقه ويشبه التطهير، وعند أبى حنيفة[5] أنه على إطلاقة وأن التطهير جائز به إلا أن يكون عن طبخ فلا يجوز، ودليلنا أنه تغير بما ليس بقرار له ولا متولد عنه، بل بما ينفك عن مخالطته غالبًا، فأشبه إذا تغير بنجاسة أو بطبخ.

فصل

فأما ما تغير بالنجاسة فإنه نجس لا خلاف فيه، وما لم يتغير طاهر إذا كان كثيرًا وإن كان يسيرًا فمكروه إلا أنه فى الحكم طاهر مطهر، ولا حد فى ذلك سوى التغيير.

وقال أبو حنيفة: كل ماء حلته النجاسة نجس إلا أن يكون من الكثرة بحيث يعلم أن النجاسة لم تصل إلى جميعه، واعتبار ذلك عنده بأن لا يتحرك أحد طرفيه بتحرك

---

(١) قال الفيروزآبادى: (الزعفران مفرد، وإذا كان فى بيت لا يدخله سام أبرص ومن الحديد صدؤه، وزعفره صبغه به. انظر القاموس المحيط (٢/ ٣٩).

(٢) قال فى القاموس: (العصفر بالضم نبت يهرئ اللحم الغليظ وبذره القرطم وعصفر ثوبه صبغه به فتعصفر، انظر القاموس المحيط (٢/ ٩١).

(٣) هو خضرة تعلو الماء المزمن وقد طحلب الماء فهو مطحلب، القاموس المحيط (١/ ٩٧).

(٤) هو الطين الأسود المنتن كالحمأ: القاموس المحيط (١/ ١٢).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٩)، الاختيار للموصلى (١/ ١٨١).

الآخر[١]، ودليلنا قول الله عز وجل: ﴿وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به﴾ [الأنفال:١١]، فعم، وقوله ﷺ: «الماء لا ينجسه شيء إلا ما غير أحد أوصافه لونه أو طعمه أو ريحه»[٢]، [قوله ـ ﷺ ـ في حديث بئر بضاعة: «خلق الله الماء طهوراً لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»[٣]][٤] ولأنه لم يتغير من نجس كما لو لم تضطرب جنباته، ولأن هذا يؤدي إلى تنجيس المياه كلها لأننا نعلم أن البحار والأنهار لا تنفك من وقوع النجاسة فيها، فإذا كان ذلك الموضع نجس يجب تنجيس ما جاوره ويمتد ذلك إلى جميعه وذلك فاسد.

فصل

ووافقنا الشافعي في القلتين[٥] فصاعداً أن الاعتبار في ذلك بالتغير، [وخلافنا][٦] فيما قصر عنهما فقال: ينجس بنفس مخالطة النجاسة له تغير أو لم يتغير، وقدرهما عنده خمسمائة رطل بالعراقي على ضرب من التقريب[٧]، ودليلنا ما قدمناه، ولأنه لم يتغير من النجاسة كالقلتين، ولأنه مخالط لما لم يغلب عليه فلم ينقله عن حكمه، أصله: الطاهرات، ولأن كل ما لم ينقل الماء من حكمه إذا كان قدره قلتين، فكذلك إذا قصر عنهما، أصله: سائر الأشياء المخالطة له وما يستعمل فيه.

فصل

والماء المستعمل في طهارة الحدث طاهر، خلافًا لأبي يوسف إذ يقول: إنه نجس، لعموم الظواهر، ولأنه ماء لاقى جسمًا طاهراً فلم ينجسه كما لو استعمل في تبرد أو تنظف[٨].

---

(١) انظر الهداية (١/١٩)، الاختيار للموصلي (١/١٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) قال الفيروزآبادي: (القلة هي الجرة العظيمة أو عامة أو من الفخار)، انظر القاموس المحيط (٤/ ٤٠).

(٦) ثبت في الأصول (خلافيًا)، ولعل الصواب (وخالفنا) لموافقة سياق الكلام.

(٧) انظر مجموع شرح المهذب (١/١١٩)، انظر روضة الطالبين (١/١٩).

(٨) ذكره في الاختيار عن الحسن وأبي يوسف نقلاً عن أبي حنيفة، انظر الاختيار للموصلي (١/٢١ ـ ٢٢)، الهداية للمرغيناني (١/٢١).

فصل

والتطهير به مكروه غير محظور خلافًا لأبي حنيفة[١] والشافعي[٢] في قولهما: إنه كسائر المائعات، لقوله عز وجل: ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهورًا﴾ [الفرقان:٤٨] والطهور الطاهر المطهر، وقوله: ﴿وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به﴾ [الأنفال:١١]، فعم كل أحواله، وروى أن بعض أزواج النبي ﷺ اغتسلت في جفنة فجاء النبي ﷺ ليغتسل منها أو ليتوضأ، فقالت: إني كنت جنبًا فقال: «إن الماء لا يجنب»[٣]، وروى: «لا جنابة عليه»[٤]، ولأن أوصافه باقية كالذي لم يستعمل.

فصل

ولا يجوز الوضوء بنبيذ التمر خلافًا لأبي حنيفة[٥]، لقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة:٦]، فلم يجعل بين الماء والصعيد واسطة والمخالف يجعل بينهما واسطة وهي النبيذ، ولأنه مائع لا يجوز الوضوء به حضرًا فلم يجز سفرًا كسائر المائعات عكسه الماء لما جاز التطهير بجميع أنواعه حضرًا جاز التطهر به سفرًا.

فصل

ما لا نفس له سائلة كالذباب والصرار[٦]، إذا مات في الماء لم ينجسه خلافًا للشافعي[٧]، لقوله ﷺ: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فاملقوه، فإنه في إحدى جناحه دواء وفي الآخر داء، وإنه يقدم الداء ويؤخر الدواء»[٨]. وهذا يدل على أنه لا

(١) الهداية للمرغيناني (١/ ٢٠)، الاختيار للموصلي (١/ ٢١).

(٢) روضة الطالبين للنووي (١/ ٧)، ومجموع شرح المهذب (١/ ١٥١).

(٣) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ١٨) ح (٦٨) والترمذي: الطهارة (١/ ٩٤) ح (٦٥) وقال: حسن صحيح، وابن ماجه: الطهارة (١/ ١٣٢) ح (٣٧٠).

(٤) أخرجه أحمد: المسند (١/ ٤٣٨) ح (٣١١٩) بلفظ «إن الماء ليست عليه جنابة».

(٥) انظر الفتاوى الهندية (١/ ٢١)، بدائع الصنائع (١/ ١٥).

(٦) الصرار طائر يطير بالليل يطلق عليه صرار الليل، القاموس المحيط (٢/ ٦٩).

(٧) قال النووي: (فيه قولان الأظهر لا تنجسه)، انظر روضة الطالبين (١/ ١٤)، شرح المهذب (١/ ١٢٧).

(٨) عند البخاري من طريق عبيد بن حنين قال: سمعت أبا هريرة رضي الله عنه يقول: قال النبي =

ينجسه وإلا كان أمراً بإضاعة المال، والإجماع من الأمة فى سائر الأعصار على جواز أكل الخل الذى تموت فيه الدود.

فصل

فإذا ثبت أنه لا ينجس ما مات فيه: فإن مات فى ماء نظر، فإن لم يغيره فالماء مطلق على أصله قبل موته فيه، فإن غيره سلبه التطهير وجعله مضافًا كسائر الأشياء الطاهرة.

فصل

أما ما له نفس سائلة إذا مات فى الماء: فإن كان من دواب البر فعقد الباب فيه: أنه إن تغير فهو نجس قليلاً كان أو كثيراً لا يحل شربه ولا بيعه ولا استعماله فى طهارة ولا أكل شىء عجن به، وإن لم يتغير فهو فى الحكم طاهر مطهر إلا أنه يكره استعماله إذا كان قليلاً أو كانت البئر صغيرة، ويستحب أن يطرح منها بقدر ما تطيب به النفس ليس فى ذلك حد، وإنما هو على حسب كثرة الماء وقلته وصغر البئر وكبرها.

فصل

وأما دواب الماء التى لا تعيش إلا فيه كالسمك والسرطان والسلحفاة، وغير ذلك فإنه طاهر فى عينه لا ينجس إذا مات، ولا ينجس ما مات فيه تغير أو لم يتغير إلا أنه إن غير الماء منع الوضوء به من جهة الإضافة فقط[1]، والأصل فى هذه الجملة قوله ﷺ فى البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[2]، ولأنه لا يحتاج إلى ذكاة فلم تلحقه نجاسة كسائر الطعام والشراب.

= ﷺ: «إذا وقع الذباب فى شراب أحدكم فليغمسه ثم لينزعه، فإن فى إحدى جناحيه داء والأخرى شفاء»، أخرجه البخارى: بدء الخلق (٦/ ٤١٤) ح (٣٣٢٠)، وعند ابن ماجه عن أبى سعيد: أن رسول الله ﷺ قال: «فى أحد جناحى الذباب سم، وفى الآخر شفاء، فإذا وقع فى الطعام، فامقلوه فيه. فإنه يقدم السم ويؤخر الشفاء»، ابن ماجه: الطب (٢/ ١١٥٩) ح (٣٥٠٤).

(١) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ٤٩).

(٢) تقدم تخريجه.

فصل

الكلب طاهر وسؤره[١] مكروه، وفى الحكم أنه طاهر مطهر [خلافًا للشافعى[٢] فى قوله: إن الكلب نجس ودليلنا][٣] لأنه حى فأشبه الحيوان، ولأن كل حى نجسًا بعد الموت، فإن الحياة علة لطهارته كسائر الحيوان، ويدل على طهارة سؤره قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة:٤]، ولم يأمر بغسله، وقوله ﷺ وسئل عن الحياض التى بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال: «لها ما حملت فى بطونها ولكم ما بقى شرابًا وطهورًا»[٤]، ويدل على أن غسل الإناء منه تعبد، فنقول: لأنه غسل مقيد بعدد فأشبه الوضوء.

فصل

إذا ثبت أنه طاهر، فإذا ولغ الكلب فى الإناء غسل سبعًا للخبر وهو قوله ﷺ: «إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليغسله سبع مرات»[٥] وذلك تعبد عندنا لا لنجاسته، ولا يختلف المذهب أن الإناء يغسل من ولوغه إذا كان فيه ماء، فأما إذا كان فيه لبن أو خل أو عسل، ففى غسله روايتان: فإذا قلنا: إنه يغسل فلعموم الخبر وقياسًا على الماء، وإذا قلنا: إنه لا يغسل فلأن الغسل من ولوغه تعبد لا تعرف علته فلا يقاس عليه والخبر وارد فى الماء، فلا يجوز تعديه، ولأن الماء يخف أمره لكثرته، وعدم التشاح فيه، ولأنه لا خطر لثمنه وسائر الأطعمة والأشربة بخلافه[٦].

---

(١) السؤر بضم السين وسكون الهمزة وقد تسهل، أى: فضلة شرب بهيمة ولو غير مأكولة اللحم أو جلالة أو كان فضل حائض أو جنب)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/ ٣٤).

(٢) روضة الطالبين (١/ ١٣)، المجموع (١/ ١٧٣).

(٣) الذى بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) أخرجه ابن ماجه: الطهارة (١/ ١٧٣) ح (٥١٩)، فى الزوائد: فى إسناده عبد الرحمن: قال فيه الحاكم: روى عن أبيه أحاديث موضوعة. قال ابن الجوزى: أجمعوا على ضعفه.

(٥) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٣٣٠) ح (١٧٢) بلفظ «إذا شرب الكلب...»، ومسلم: الطهارة (١/ ٢٣٤) ح (٨٩/ ٢٧٩).

(٦) انظر المدونة الكبرى (١/ ٥).

فصل

ويكره الوضوء بسؤر النصرانى، لأنه لا يتوقى النجاسات من الخمر وأكل الخنزير، وكذلك سؤر كل حيوان لا يتوقى النجاسات كالدجاج المخلاة[1]، وسائر السباع وكل هذا كراهية وليس بتحريم.

(١) أى: المتروك والمرسل يأكل القاذورات وغيرها.

باب الدماء

الدماء التى تزجيها الرحم ثلاثة: دم حيض[١]، ودم نفاس[٢]، ودم علة وفساد وهو الاستحاضة[٣]، فأما دم الحيض والنفاس فيمنعان وجوب الصلاة وصحة فعلها ويمنعان صحة الصوم دون وجوبه، وفائدة [الفرق بينهما][٤] أنهما إذا زالا لزم قضاء الصوم ولم يلزم قضاء الصلاة، ويمنعان الجماع فى الفرج وما دونه، ويمنعان الطواف ومس المصحف ودخول المسجد والاعتكاف.

فصل

وفى منعهما قراءة القرآن خلاف فيه.

فصل

فأما منعهما وجوب الصلاة فلما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة»[٥]، ولأن ذلك إجماع[٦].

فصل

وأما منعهما من صحة فعلها فلقوله ﷺ: «دعى الصلاة أيام أقرائك»[٧]، وقوله: «إذا

(١) الحيض: دم يلقيه رحم معتاد حملها دون ولادة خمسة عشر يومًا فى غير حمل وفى حمل ثلاثة أشهر خمسة عشر يومًا ونحوها وبعد ستة وعشرين ونحوها فأقل فى الجميع، انظر شرح حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/ ١٠٢).

(٢) (هو دم إلقاء حمل)، انظر شرح حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/ ١٠٤).

(٣) دم زائد بعد أيام الحيض (انظر شرح حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/ ١٠٢).

(٤) ثبت فى (أ) (ذلك).

(٥) أخرجه البخارى: الحيض (١/ ٥٠١) ح (٣٢١)، ومسلم: الحيض (١/ ٢٦٥) ح (٦٩/ ٣٣٥) ولفظه لمسلم.

(٦) انظر الإجماع لابن المنذر (ص٤٠).

(٧) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٧٨) ح (٢٩٧) والترمذى: الطهارة (١/ ٢٢٠) ح (١٢٦)، وابن ماجه: الطهارة (١/ ٢٠٤) ح (٦٢٥)، انظر نصب الراية (١/ ٢٠١).

كان فأمسكي عن الصلاة»[1]، ولأنهما يمنعان رفع الحدث فمنعا الأداء، ولا خلاف أيضًا في ذلك.

فصل

فأما منعهما فعل الصوم فلا خلاف فيه[2]، وكذلك لا خلاف أنهما لا يمنعان (وجوبه)، وإن منعا أداءه، ويدل (على ذلك) حديث عائشة رضي الله عنها: أنها قالت: «كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة»[3]، والفرق بينهما لحوق المشقة في قضاء الصلاة لتكرارها وكون ذلك مؤديًا إلى فوات ما يجب في المستأنف إلا بالمداومة إلى أن يفرغ من الماضي، والصوم بخلافه لأنه غير متكرر ولا يؤدي إلى ضيق أو حرج.

فصل

وأما منعهما من الجماع في الفرج فلقوله عز وجل: ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ [البقرة:٢٢٢]، والأخبار متظاهرة بذلك، ولا خلاف فيه[4].

فصل

فأما الوطء فيما دون الفرج فممنوع عندنا، خلافا[5] لأصبغ وغيره لقوله: ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض﴾ [البقرة:٢٢٢] فعم، وروى أن النبي ﷺ: سئل عما يحل للرجل من امرأته إذا حاضت فقال: «ما فوق الإزار وليس له ما دونه»[6]، ولأنه وطء مقصود في العادة كالوطء في الفرج.

---

(١) عند البخاري ومسلم بلفظ: «... فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة...» عن عائشة رضي الله عنها، أخرجه البخاري: الحيض (١/ ٥٠٠) ح (٣٢٠)، ومسلم: الحيض (١/ ٢٦٢) ح (٦٢/ ٣٣٣)، ولفظه عند أبي داود: الطهارة (١/ ٧٣) ح (٢٨٦) عن فاطمة بنت أبي حبيش.

(٢) انظر المغني لابن قدامة (١/ ٣١٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٣٥٩)، انظر المغني لابن قدامة (١/ ٣١٤).

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ٥٧).

(٦) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٥٤) ح (٢١٣) عن معاذ بن جبل رضي الله عنه، بلفظ «ما فوق الإزار، والتعفف عن ذلك أفضل»، وقال أبو داود: وليس هو ـ يعني الحديث ـ بالقوي، انظر تلخيص الحبير (١/ ١٧٦) ح (٧).

فصل

ولا يجوز وطؤها بعد انقضاء الدم وقبل الغسل، خلافًا لمن أجازه[١]، لقوله تعالى: ﴿فإذا تطهرن فأتوهن﴾ [البقرة:٢٢٢] معناه: فإذا فعلن التطهير وانقطاع الدم الذى به تطهر، ليس من فعلها، ولأنها حائض انقطع دمها فأشبه انقطاعه قبل العشرة الأيام ولم يمر بها وقت الصلاة.

فصل

والاستمتاع بها فوق الإزار جائز[٢] لقوله ﷺ لعائشة رضى الله عنها: «شدى عليك إزارك ثم عودى إلى مضجعك»[٣]، وقوله: «للرجل من الحائض ما فوق الإزار وليس له ما دونه»[٤]، ولأن المنع من الفرج وما دونه لأجل ملاقاة الأذى وذلك مأمون فيما فوق الإزار.

فصل

وأما منعهما الطواف فلأمرين: أحدهما: منعهما من دخول المسجد، وقد دللنا عليه فيما تقدم والآخر أن الطواف لا يصح إلا بطهارة، وأما منعهما مس المصحف وقراءة القرآن[٥]، فقد ذكرناه فيما تقدم.

فصل

وأما منعهما الاعتكاف: فلأنهما يمنعان شرطين من شروطه وهما: دخول المسجد وصحة الصوم، ولا يمنعان وجوبه لأنهما لو نذرتاه فى حال الحيض والنفاس أنهما يفعلانه بعد الطهر للزمهما إذا طهرتا، فأما إن نذرتا أن تعتكفا حال الحيض والنفاس فلا يلزمهما سواء نذرتاه فى المدة أو قبله، لأن ذلك نذر معصية كما لو نذر إنسان صوم يوم

(١) الذى أجازه أبو حنيفة حيث قال الموصلى: (إن انقطع دمها لأقل من عشرة أيام لم يجز وطؤها حتى تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة وإن انقطع لدونها وإن انقطع لعشرة أيام جاز قبل الغسل، الاختيار للموصلى (١/ ٣٩)، وانظر الهداية للمرغينانى (١/ ٣٣).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٥٧).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: الطهارة (١/ ٥٨) ح (٩٤)، وأحمد: المسند (٦/ ٧٣) ح (٢٤٤١٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ١٧٤).

النحر والفطر، فإن قيل: فما الفرق بين هذا وبين أن ينذر اعتكاف ليلة، لم قلتم على قول بعض أصحابكم يلزمه يوم وليلة؟ فإن كان الليل لا يصح فيه الصوم، كذلك يجب أن يكون زمان الحيض والنفاس، قلنا: لا يجب ذلك والفرق بينهما واضح وهو: أن الليل زمان الاعتكاف على وجه ألا ترى أنه يحرم عليه فى ليله ما يحرم عليه فى نهاره، ولو فعل فى ليله ما يفسد اعتكافه لبطل اعتكافه إلا أنه لا يصح إفراده لأنه تبع لنهاره، كما أن حال خروجه من المسجد يكون معتكفًا تبعًا لحال حصوله فيه فإذا كان كذلك فلم ينذر معصية، وألزمناه يومًا وليلة، لأن إيجاب التبع للمتبوع لأنه مشروط به، كما لو نذر صلاة لكان قد أوجب على نفسه التطهر لها وزمان الحيض بخلافه لأنه ليس بزمان للاعتكاف على وجه لا تبعًا ولا غيره، ألا ترى أنه إذا طرأ على الاعتكاف قطعه وإذا طرأ عليه الليل لم يقطعه والله أعلم.

فصل

وجميع ما ذكرناه من الظواهر وإن كان النص فيها متناولا للحيض وحده، فإن النفاس ملحق به بالإجماع[١]، لأن أحدًا لم يفرق بينهما فى هذه الأحكام، أو بالقياس وهو أنه دم خارج من الفرج لا يكون إلا مع البلوغ.

فصل

وأقل الحيض لا حد له، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: ثلاثة أيام[٢]، والشافعى فى قول: إنه يوم وليلة[٣]، لقوله ﷺ: «إذا كان الحيض فإنه دم أسود يعرف فإذا كان ذلك فأمسكى عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئى وصلى»[٤]، فلم يعلقه بأكثر من وجوده ورؤيته، ولأن المبتدأة[٥] تترك الصلاة برؤية الدم بالإجماع، فلولا أنه حيض وإلا لم

(١) قال ابن قدامة المقدسى: (وحكم النفساء حكم الحائض فى جميع ما يحرم عليها ويسقط عنها لا نعلم فى هذا خلافًا)، المغنى (١/ ٣٦٢).

(٢) (وعن أبى يوسف أقله يومان)، انظر الاختيار للموصلى (١/ ٣٧)، الهداية للمرغينانى (١/ ٣٢).

(٣) انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٣٧٥)، الأم للشافعى (١/ ٥٥).

(٤) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٧٣) ح (٢٨٦)، والنسائى: الطهارة (١/ ١٠٢) (باب الفرق بين دم الحيض والاستحاضة).

(٥) المبتدأة هى التى لم يتقدم لها حيض قبل ذلك بمرة لأن التى لها عادة أى: المعتادة هى التى سبق لها حيض ولو مرة لأنها تتقرر بالمرة، انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ١٦٩).

تؤمر بإضاعتها والتغرير بها، ولأنه دم يسقط فرض الصلاة، فلم يكن لأقله حد مخصوص كالنفاس.

فصل

وأكثره خمسة عشر يومًا، خلافًا لأبي حنيفة قوله: إنه عشر أيام[1]، لقوله ﷺ: «فأمسكي عن الصلاة»[2]، فوجب استدامة ذلك ما لم يمنعه دليل، وقوله ﷺ: «تمكث إحداكن نصف عمرها لا تصلي»[3]، وروى: «شطر عمرها»[4]، فسوى بين ما تفعل فيه الصلاة وبين ما تتركها، وذلك يقتضى أن يكون أكثر من عشرة أيام، ويفرض الكلام في أن أقل الطهر خمسة عشر يومًا، فإن لم يسلم مخالفنا دللنا عليه في موضعه، وإن سلم بنينا مسألتنا عليه، فقلنا: إن كل أيام من أيام الدم أبقت لأقل الطهر وقتا من الشهر جاز أن يكون حيضًا كالعشرة وما دونها.

فصل

ولا حد لأقل النفاس، خلافًا لأبي يوسف إذ يقول: أقله أحد عشر يومًا[5]، لأن ذلك تقدير يرجع إلى دعوى ولا فصل بين مدعيها وبين مقابله لخلافهما، لأن الرجوع في ذلك إلى الوجود وقد وجد كثير من النساء بنفس الساعة والدفعة.

---

(١) انظر الاختيار للموصلي (١/ ٣٧)، الهداية للمرغيناني (١/ ٣٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص بلفظ «تمكث إحداكن شطر دهرها لا تصلي» وقال: لا أصل له بهذا اللفظ. قال الحافظ أبو عبد الله بن منده فيما حكاه ابن دقيق العيد في الإمام عنه: ذكر بعضهم هذا الحديث ولا يثبت بوجه من الوجوه، وقال البيهقي في المعرفة: هذا الحديث يذكره بعض فقهائنا وقد طلبته كثيراً فلم أجده في شيء من كتب الحديث، ولم أجد له إسنادًا. انظر تلخيص الحبير (١/ ١٧٢) ح (١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال ملك العلماء الكاساني: (وما ذكر من الاختلاف بين أصحابنا في أقل النفاس فذاك في موضع إذا طلقت المرأة بعدما ولدت ثم جاءت وقالت: نفست ثم طهرت ثلاثة أطهار وثلاث حيض فبكم تصدق في النفاس؟ فعند أبي حنيفة لا تصدق إذا ادعت في أقل من خمسة عشر يومًا وعند أبي يوسف لا تصدق في أقل من أحد عشر يومًا وعند محمد تصدق فيما ادعت، انظر بدائع الصنائع (١/ ٤١).

فصل

وفى أكثره روايتان: إحداهما: أن الرجوع فيه إلى العادة وما يعلم النساء أنه أقصى ما تجلسه المرأة، والثانية: أنه ستون يومًا وهذه أولى لأن ذلك قد وجد عادة مستمرة فى النساء فيجب الحكم بكونه نفاسًا[١].

فصل

فأما أقل الطهر الفاصل بين الحيضين: فقيل: ما يعلم أنه يكون طهرًا من غير تحديد، وقيل: خمسة، وقيل: ثمانية، وقيل: عشرة، وقيل: خمسة عشر يومًا، وعليه متأخرو أصحابنا البغداديين، فوجه نفى التحديد: أن كل أمر وجب تحديده ولم يرد نص به وجب الرجوع فيه إلى العرف، وكل ما قيل فى ذلك يرجع إلى دعوى فلم يجب قبولها، ورجع إلى العادة، ولذلك نظائر: منها العمل فى الصلاة، والقبض فى البيع، والحرز فى القطع وغيره، وقد أمر الله تعالى بالرجوع إلى النساء، وجعلهن مؤمّنات فيما يخبرن به عن نفوسهن من ذلك[٢] فقال: ﴿**ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن**﴾ [البقرة:٢٢٨]، وأما التحديد بالخمسة فذكر أحمد بن المعذل عن عبد الملك أنه معلوم بالتجربة وأنه قد وجد عادة مستمرة، وأما الثمانية والعشرة فما نحفظ عن من قال بهما شيئًا يمكن أن يعتمد ويعول عليه، وأما تحديده بخمسة عشر فلأن أقل الطهر يجب أن يكون فى مقابلة أكثر الحيض، تجرى العادة بقلة أحدهما مع كثرة الآخر لأن الله تعالى جعل عدة المطلقة التى تحيض ثلاثة أقراء، وجعل عدتها إذا كانت يائسة ثلاثة أشهر، فأعلمنا أن بدل كل قرء شهر ولا يصح إلا أن يكون أقيم مقام أقل الطهر وأكثر الحيض.

فصل

ولا حد لأكثر الطهر لاختلاف العادات وتفاوتها، وكذلك الاستحاضة لا حد لأقلها ولا لأكثرها ولا خلاف فى ذلك[٣].

(١) قال ابن عبد البر: (وأما النفاس فلا حد لأقله، وأكثره ستون يومًا عند مالك وجماعة من فقهاء الحجاز وروى عن جماعة من الصحابة أن أكثر مدة النفاس أربعون يومًا وهو قول الليث وقد روى عن مالك فى أكثر النفاس: أنه مردود إلى عرف النساء، انظر الكافى (١/ ١٨٦).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٨٦).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٨٦).

فصل

والحيض على ضربين: مبتدأة ومعتادة، فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه، ثم إن دام بها إلى أيام لداتها[1]، وانقطع، فذلك آخره فلتغتسل عند انقطاعه ولتصلى، فإن زاد على أيام لداتها ففيه ثلاث روايات: إحداها: أنها تجلس بذلك القدر فقط، ثم تكون مستحاضة، والثانية: أنها تستطهر عليه بثلاثة أيام، ثم تكون مستحاضة، [والثالثة أنها تجلس ما دام الدم بها إلى أن تبلغ خمسة عشر يومًا، فإن زادت كانت مستحاضة][2]، فوجه الأولى: هو أن أمر الحيض مجتهد فيه فلما أمكن أن تكون حائضًا أقل الحيض وأكثره وما بينهما وجهل أمرهما لم يكن الحكم ببعض ذلك بأولى من الحكم بغيره، فكان أولى الأمور ردها إلى عادة لداتها وأقرانها، لأن الأغلب تناسب طباعهن إذ ليس ما هو وأولى منه، ووجه الاستطهار: قوله ﷺ فى حديث أسماء الحارثية. «اقعدى أيامك التى كنت تقعدين واستطهرى بثلاثة أيام ثم اغتسلى وصلى»[3]، فإذا ثبت ذلك فى المعتادة قسنا عليها المبتدأة بعلة أنها حائض أشكل عليها مدة أكثر حيضها، ولأنه مائع خارج من البدن أشكل أمره فطلب التمييز بينه وبين غيره، فجاز أن يعتبر بثلاثة أيام كلبن التصرية، ووجه الثالثة: أن كل دم خرج من الفرج فى زمن فالحيض أولى به لأنه لما أمكن أن يكون الحيض متنقلاً من زيادة إلى نقصان ومن نقصان إلى زيادة وجب أن يحكم له بالظاهر وهو أنه حيض بقاء زمانه ولا مانع منه.

فصل

فأما المعتادة ففيها روايتان: إحداهما: الاستطهار على أيام عادتها بثلاثة أيام والأخرى: الجلوس ما دام الدم بها إلى أقصى مدة الحيض[4] وقد ذكرنا وجوهها.

فصل

فإذا تمادى الدم بعد الأيام المحكوم بكونها حائضًا فيها، والمبتدأة والمعتادة سواء، فإنما

---

(١) اللدة هى النظيرة المساوية لها فى العمر.

(٢) الذى بين المعكوفين لم يتضح فى (أ)، (ب).

(٣) أخرجه الحافظ البيهقى فى الكبرى فى الحيض (١/ ٤٨٩) ح (١٥٦٨)، من طريق: حرام بن عثمان، عن ابن جابر، عن أبيه أن ابنة مرشد الأنصارية أتت النبى ﷺ ثم ذكر الحديث وقال: قال الشيخ أبو بكر بن إسحاق: الخبر واه، انظر السنن الكبرى (١/ ٤٨٩).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٨٨).

تكون مستحاضة فتغتسل وتصلى وتصوم وتوطأ ويحكم لها بحكم الطاهر، ثم لا تزال كذلك إلى أن تنقضى مدة أقل الطهر على ما بيناه من الاختلاف، فإذا مضت نظر، فإن كان الدم قد انقطع قبلها ثم رأت الدم بعد مضيها فذلك حيض مستأنف، لأن مضى المدة الفاصلة بين الدمين يوجب كون الدم الثانى حيضًا، وإن اتصل الدم بعد مضى مدة أقل الطهر نظر: فإن كان متغيرًا إلى صفة دم الحيض حكم بأنها حائض من وقت تغيره سواء كان تغيره عند تقضى أقل الطهر بلا فصل أو بعده، وإن لم يتغير فالاستحاضة ثابتة فتصلى أبدًا حتى يوجد التغيير، ولا يعتبر بتغيره قبل مضى مدة أقل الطهر أو بقائه على لونه، وإنما يعتبر بالتمييز بعد المدة على ما وصفناه(١).

فصل

وأيام الحيض والنفاس قد تتصل وقد تنقطع فإذا اتصلت فالحكم ثابت لها، وإذا انقطعت فرأت الدم يومًا والطهر يومًا أو رأت الدم يومين والطهر يومًا أو يومين: فإنها تترك الصلاة فى أيام الدم وتغتسل عند انقطاعه وتصلى وتصوم ثم تلفق أيام الدم وتلغى أيام الطهر المتخللة لها ولا تحتسبها طهرًا فى عدة ولا استبراء، فإذا كمل لها من أيام الدم مدتها المعتبرة على الاختلاف الذى بيناه اغتسلت وصلت وكانت مستحاضة إلى أن يتغير الدم عليها تغيرًا تعلم أنه دم حيض(٢) على ما قدمناه.

فصل

الحامل تحيض خلافًا لأبى حنيفة(٣) لقوله ﷺ: «دم الحيض أسود يعرف، فإذا كان ذلك فأمسكى عن الصلاة»(٤) فعم، ولأنها رأت الدم فى أيامها المعتادة فصح أن تكون حائضًا كالحائل(٥)، ولأنه دم يمنع الصلاة والصوم فصح وجوده مع الحمل كالنفاس، لأن أبا حنيفة يقول: إذا وضعت ولدًا وبقى [فى بطنها ولد آخر](٦)، ورأت فى خلال الوضعين دمًا، فإنه نفاس، ولأن العوارض التى تمنع الحيض لا تمنعه جملة كالمرض

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٥٤).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٥٨).

(٣) قال الكاسانى: (ودم الحامل ليس بحيض وإن كان ممتدًا عندنا)، انظر بدائع الصنائع (١/ ٤٢)، الهداية للمرغينانى (١/ ٣٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الحائل التى لم تحمل، القاموس المحيط (٣/ ٢٦٣).

(٦) ما بين المعكوفين زيادة ليست فى الأصل يستقيم بها الكلام.

والرضاع، وبذلك فارق الإياس لأنه خلقة وليس بعارض، ولأنه قد ثبت أن الحائض تحمل فصح أن الحامل تحيض.

فصل

اختلف عنه إذا تطابق الدم بها هل تستظهر أم لا، فعنه فيه روايتان: إحداهما: أنها تستظهر اعتباراً بالحائل، والأخرى لا تستظهر لأن أمرها ضعف من أمر غيرها لأن حيضها مختلف فيه وثبوته من طريق الاجتهاد فضعف أمرها عن الحائل[1]، والله أعلم.

فصل

والصفرة[2] والكدرة[3] حكمهما حكم الدم، فهما في أيام الحيض حيض وفي أيام النفاس نفاس، وفي أيام الاستحاضة استحاضة، والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها: «كنا نعد الصفرة والكدرة في أيام الحيض حيضاً[4]، ولأنها صفة للدم كالحمرة والسواد.

فصل

وللطهر علامتان: الجفوف[5] والقصة البيضاء[6]، وكل واحد منهما يكون علامة لطهر من جرت عادتها به، وإن رأته غير من جرت عادتها به كان طهراً لها أيضاً لإمكان انتقال العادة على اختلاف بين أصحابنا في ذلك.

* * *

(١) انظر المدونة الكبرى (١/٥٩).

(٢) الصفرة: لون كالصديد تعلو الدم، الثمر الداني (ص ٣٣).

(٣) الكدرة: شيء ليس على ألوان الدماء، الثمر الداني (ص ٣٣).

(٤) ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص وقال: وهذا إخبار عما عهدته في زمن النبي ﷺ، قال النووي في شرح المهذب: لا أعلم من رواه بهذا اللفظ، انظر تلخيص الحبير (١/ ١٨٠) ح (١٤).

(٥) الجفوف: عدم تلوث الخرقة بالدم وما معه أي إذا أدخلتها المرأة في فرجها فتخرج جافة من ذلك ولا يضر بللها بغير ذلك، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ١٧١).

(٦) القصة بفتح القاف ماء أبيض يخرج من فرج المرأة، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ١٧١).

٢
كتاب الصلاة [١]

الصلوات المفروضات ابتداء بالشرع خمس وهى: الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء الآخرة، والصبح، فأما الجمعة فإنها بدل من الظهر ولها باب مفرد، وهذه الصلوات فرائض على الأعيان[٢]، لا خلاف بين الأمة فى ذلك[٣]، فهى متعلقة بمواقيت لا يجوز تقديمها عليها ولا تأخيرها عنها، ونحن نبين ذلك إن شاء الله.

فصل

أما الظهر: فأول وقتها الذى لا يجوز قبله زوال الشمس، والأصل فيه قوله تعالى:

(١) الصلاة فى اللغة: مشتقة فى اللغة من الدعاء قال الله عز وجل: ﴿ويتخذ ما ينفق قربات عند الله وصلوات الرسول﴾ أى: دعاؤه، وقال تبارك وتعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصلِّ عليهم﴾ أى: ادع لهم ﴿إن صلاتك سكن لهم﴾ أى: إن دعوتك سكن لهم فكان رسول الله ﷺ إذا جاء الناس بصدقاتهم يدعو لهم، وقال تعالى: ﴿إن الله وملائكته يصلون على النبى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليمًا﴾ فسميت الصلاة بذلك لما فيها من الدعاء إذ هى طاعة الله ووسيلة إليه وموضع الرغبة فى مغفرته ورحمته ودخول جنته ألا ترى أن الصلاة على الميت لما كانت دعاء له سميت صلاة وإن لم يكن فيها ركوع ولا سجود. قال الله عز وجل ﴿ولا تصلِّ على أحد منهم مات أبدًا ولا تقم على قبره﴾.
وقد قيل: إن الصلاة مأخوذة من الصلوين وهما عرقان فى الردف ينحنيان فى الركوع والسجود ولذلك كتب الصلاة فى المصحف بالواو وقيل: إنها مأخوذة من قولهم: صليت العود إذا قومته لأن الصلاة تحمل الإنسان على الاستقامة وتنهى عن المعصية قال الله عز وجل: ﴿إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾، وقيل: إنها مأخوذة من الصلة لأنها تصل بين العبد وخالقه بمعنى أنها تدنيه من رحمته وتوصله إلى كرامته وجنته والأول هو المشهور المعروف أن الصلاة مأخوذة من الدعاء، مقدمات ابن رشد مع المدونة (١/ ٦٠ ـ ٦١)، وقد عرفها ابن عرفة بقوله: (قربة فعلية ذات إحرام وسلام أو سجود فقط، انظر حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/ ١٠٧).

(٢) الفرض العينى: مهم يقصد جزمًا حصوله بالنظر لفاعله، فإن فرض الكفاية كذلك ولكن دون النظر إلى فاعله، أما الفرض: فهو خطاب الله تعالى الطالب للفعل طلبًا جازمًا.

(٣) انظر المغنى لابن قدامة (١/ ٣٧٦)، انظر مجموع شرح المهذب (٣/ ٣).

﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ [الإسراء:٧٨]، ودلوكها ميلها للزوال، وحديث جبريل أنه صلى بالنبى ﷺ الظهر فى اليوم الأول حين زالت الشمس، وفى اليوم الثانى حين كان ظل كل شىء مثله، وقال: «الوقت بين هذين»[١]، فدل أن ما قبله ليس بوقت لها.

فصل

ومعرفة الزوال: هو أن يدير دائرة صحيحة فى مكان مستوٍ من الأرض ويقيم فى وسطها عودًا مستويًا فتراه أول النهار طويلاً خارجًا من الدائرة، ثم لا يزال فى نقصان كلما قرب من الزوال إلى أن ينتهى إلى حد يقف عنده، ثم يعد فى الطول فذلك هو علامة الزوال[٢].

فصل

ويستحب أن يؤخر عن الزوال فى مساجد الجماعات إلى أن يكون الفىء[٣] ذراعًا، خلافًا للشافعى[٤]، لما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى بذلك[٥]، ولأن فى ذلك فضيلة أدائها فى الجماعة لأنها صلاة تدرك الناس متشاغلين بمعايشهم ومتصرفاتهم غير متأهبين، فلو صليت فى أول الوقت لفاتتهم فضيلة الجماعة فاستحب تأخيرها قليلاً ليدرك فضلها.

فصل

وآخر وقتها المختار: إذا كان الظل مثله والاعتبار بالمثل من زيادته بعد تناهى نقصانه لا من أصله، وقد قال أبو حنيفة: آخره إذا كان الظل مثليه[٦] دليلنا حديث جبريل أنه

---

(١) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٠٥) ح (٣٩٣) والترمذى: الصلاة (١/ ٢٧٨) ح (١٤٩ - ١٥٠).

(٢) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ١٧٦).

(٣) الفىء ما كان شمسًا فينسخه الظل، انظر القاموس المحيط (١/ ٢٤).

(٤) قيد الشافعى التأخير فى حالة شدة الحر فقط لذلك قال: (ولا تؤخر أى: صلاة الظهر فى الشتاء بحال وكلما قدمت كان ألين على من صلاها فى الشتاء ولا يؤخرها إمام جماعة ينتاب إلا ببلاد لها حر مؤذٍ كالحجاز فإذا كانت بلاد لا أذى بحرها لم يؤخرها لأنه لا شدة لحرها يرفق على أحد بتنحية الأذى عنه فى شهودها)، انظر الأم للشافعى (١/ ٦٣).

(٥) أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه، وعبد الرزاق فى مصنفه.

(٦) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٥١)، الهداية للمرغينانى (١/ ٤١).

صلى بالنبى ﷺ الظهر فى اليوم الأول حين زالت الشمس، وفى اليوم الثانى حين كان الظل مثله ثم قال: «الوقت بين هذين»[١]، ولأنها صلاة تجمع إلى ما بعدها فكان وقتها أقصر من الذى يليها كالمغرب.

فصل

إذا كان الظل مثله فهو آخر وقت الظهر، وهو بعينه أول وقت العصر، وهو وقت مشترك بينهما، فإذا زاد على المثل زيادة بينة خرج وقت الظهر، وانفرد العصر بالوقت، وقال الشافعى: لا يتداخل الوقتان[٢]، ودليلنا حديث جبريل أنه صلى بالنبى ـ صلى الله عليهما ـ الظهر فى اليوم الثانى حين كان الظل مثله لوقت العصر بالأمس[٣]، فدل على ما قلناه.

فصل

وآخر وقت العصر: إذا كان الظل مثليه لحديث جبريل أنه صلى به العصر فى اليوم الثانى حين كان ظل كل شىء مثليه، ولأنها صلاة حد الظل أولها، فوجب أن يحد به آخرها كالظهر[٤].

فصل

ووقت المغرب: غيبوبة الشمس، لأن جبريل صلاها بالنبى صلى الله عليهما فى اليومين جميعًا حين أفطر الصائم، ولا خلاف فى ذلك[٥].

فصل

ووقتها واحد، خلافًا لأبى حنيفة[٦]، للخبر الذى رويناه، ولأنها صلاة مفروضة من الخمس، فوجب أن يكون وقتها كجنس عددها من شفع أو وتر كسائر الصلوات.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم للشافعى (١/ ٦٣)، روضة الطالبين (١/ ١٨٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر المغنى لابن قدامة (١/ ٣٩٠)، انظر مجموع شرح المهذب (٣/ ٢٩).

(٦) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٥٢)، الهداية للمرغينانى (١/ ٤١).

فصل

ووقت العشاء الآخرة : مغيب الشفق لحديث جبريل أنه صلاها بالنبى ﷺ فى اليوم الأول حين غاب الشفق[١]، ولا خلاف فى ذلك[٢].

فصل

والشفق الحمرة[٣]، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه البياض[٤]، لحديث جبريل أنه صلى بالنبى ﷺ العشاء فى اليوم الأول حين غاب الشفق[٥]، والاسم ينطلق على الأمرين، فيجب حمله على أسبقهما وهو الحمرة، وفى حديث جابر: «أنه ﷺ صلى بالسائل له العشاء الآخرة قبل مغيب الشفق»[٦]، وقد ثبت أنه ليس المراد بذلك الحمرة، فثبت أنه قبل مغيب البياض، وذكر عن الخليل بن أحمد، وابن أويس، وغيرهما: أن البياض لا يغيب إلى طلوع الفجر.

فصل

وآخر وقتها ثلث الليل الأول خلافًا لأبى حنيفة[٧] فى قوله: إنه نصف الليل، لحديث جبريل أنه صلى به ـ عليهما الصلاة والسلام ـ العشاء الآخرة فى اليوم الثانى حين ذهب ثلث الليل ثم قال: «الوقت بين هذين»[٨]، وكذلك فى حديث جابر[٩].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر مجموع شرح المهذب (٣/ ٣٨)، المغنى لابن قدامة (١/ ٣٩٢).

(٣) قال الفيروز آبادى: (الشفق محركة الحمرة فى الأفق من الغروب إلى العشاء الآخرة أو إلى قريبها أو إلى قريب العتمة)، القاموس المحيط (٣/ ٢٤٩).

(٤) قال الموصلى: (والشفق البياض الذى يبقى بعد الحمرة وقالا: هو الحمرة وهو رواية أسد عن أبى حنيفة كذلك نقل عن الخليل وعن ابن عمر كذلك ولأبى حنيفة: قوله عليه الصلاة والسلام «وآخر وقت المغرب إذا اسود الأفق»، وعن ثعلب أنه البياض وهو مذهب أبى بكر وعائشة ومعاذ)، انظر الاختيار (١/ ٥٢)، الهداية للمرغينانى (١/ ٤٢).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٤٢)، الاختيار للموصلى (١/ ٥٢).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) تقدم تخريجه.

فصل

ويستحب فى مساجد الجماعات تأخيرها ما لم يضر بالناس، لقوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمتى لأخرت هذه الصلاة إلى ثلث الليل»(١) وروى: «إلى شطر الليل»(٢).

وروى أنه ﷺ أخرها ليلة حتى نام الناس، فنودى فخرج فقال: «لولا سقم السقيم وضعف الضعيف لأخرتها إلى هذا الوقت»(٣)، ثم مدحهم فقال : «ما أحد ينتظرها غيركم»(٤).

فصل

ووقت صلاة الفجر: طلوع الفجر الثانى وهو الضياء المعترض فى الأفق الذاهب فيه عرضًا يبتدئ من المشرق معترضًا حتى يعم الأفق(٥)، وذلك لحديث جبريل عليه السلام أنه صلى به ﷺ الفجر فى اليوم الأول حين طلع الفجر، وفى اليوم الثانى حين أسفر(٦)، وأما الفجر الأول الذى يسمى الكاذب، فليس بوقت لها لأنه فى الليل ولا يحرم الطعام ولا الشراب على الصائم.

فصل

ووقتها ممتد ما لم تطلع الشمس، لقوله ﷺ: «ووقت الصبح ما لم تطلع الشمس»(٧)، وفى حديث جبريل عليه السلام أنه صلى به فى اليوم الثانى حين أسفر ثم قال: «الوقت بين هذين»(٨).

---

(١) أخرجه الترمذى: الصلاة (١/ ٣١٠) ح (١٦٧) وقال: حسن صحيح، وابن ماجه: الصلاة (١/ ٢٢٦) ح (٦٩١) وأحمد: المسند (١/ ٣٣٦) ح (٧٤٣٠).

(٢) تقدم تخريجه انظر الحديث السابق.

(٣) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١١٢) ح (٤٢٢) والنسائى: المواقيت (١/ ٢١٤) (باب آخر وقت العشاء)، وابن ماجه: الصلاة (١/ ٢٢٦) ح (٦٩٣) وأحمد: المسند (٣/ ٧) ح (١١٠٢١).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١١٢) ح (٤٢١)، وأحمد: المسند (٥/ ٢٨٠) ح (٢٧/ ٢٢) بلفظ «... فقد فضلتم على سائر الأمم ولم يصلها أمة قبلكم».

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ١٩١).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه مسلم: المساجد (١/ ٤٢٧) ح (١٧٢/ ٦١٢)، وأبو داود: الصلاة (١/ ١٠٧) ح (٣٩٦) والنسائى: المواقيت (١/ ٢٠٨) (باب آخر وقت المغرب).

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

والتغليس[1] بها أفضل من الإسفار[2] في الحضر والسفر، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: «إن الأسفار بها أفضل[3]، لقوله ﷺ وسئل عن أفضل الأعمال فقال: «الصلاة لأول وقتها»[4]، وروت عائشة رضي الله عنها: «أنه ﷺ كان يصلي الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس»[5] [.....][6] غير مقصورة في السفر فكان تقديمها أفضل كالمغرب، ولأن من أصلنا أنه يؤذن لها قبل وقتها، وفائدة ذلك إدراك فضيلة التغليس بها ولا فائدة له سواه.

(١) الغلس: ظلمة آخر الليل، وأغلسوا: أدخلوا فيها. القاموس المحيط (٢/ ٢٣٥).
(٢) سفر الصبح يسفر أضاء وأشرق، انظر القاموس المحيط (٢/ ٤٩).
(٣) انظر الهداية للمرغيناني (١/ ٤٢)، الاختيار للموصلي (١/ ٥٢).
(٤) أخرجه البخاري: المواقيت (٢/ ١٢) ح (٥٢٧)، ومسلم: الإيمان (١/ ٨٩) ح (١٣٧/ ٨٥).
(٥) أخرجه البخاري: المواقيت (٢/ ٦٥) ح (٥٧٨)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٤٦) ح (٢٣٢/ ٦٤٥).
(٦) بياض بالأصل.

باب : الأذان[1] والإقامة

الأذان والإقامة سنتان غير واجبتان، خلافًا لداود إذ يقول بوجوب الأذان فى الجماعة[2]، لأنه نداء بالصلاة فأشبه الإقامة، واعتبارًا بحال الانفراد.

فصل

وسنة الأذان فى الجماعة الراتبة دون الانفراد وما يتفق من الجمع من غير قصر، وسنة الإقامة فى الجمع والانفراد، وذلك بأن الأذان إعلام بوجوب الصلاة ودعاء إليها وإنذار لمن يريد المجيء إليها وهذا يختص بالجماعة، لأن المفرد غير مريد لإعلام غيره فلم يلزمه، والإقامة بخلافه لأنها أهبة للصلاة ليس المقصود بها الإعلام فكانت سنة لكل مصلٍّ لنفسه[3].

فصل

الأذان فى غير الصبح سبع عشرة كلمة وحكاية لفظه: الله أكبر، الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، ثم ترجع[4] بأرفع من صوتك فتقول : أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، حى على الصلاة، حى على الصلاة، حى على الفلاح، حى على الفلاح، الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله، ويزيد فى نداء الصبح بعد حى على الفلاح: الصلاة خير من النوم، الصلاة خير من النوم. ولفظ الإقامة: الله أكبر، الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، حى على الصلاة، حى على الفلاح، قد قامت الصلاة الله أكبر، الله أكبر لا إله إلا الله، والخلاف فيهما فى خمسة مواضع: أحدها: فى التكبير

(١) الأذان فى اللغة: مطلق إعلام بشىء، وشرعًا: الإعلام بدخول وقت الصلاة بألفاظ مشروعة، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/ ١٩١)، شرح حدود ابن عرفة مع الرصاع (١/ ١٢٠).

(٢) انظر المحلى لابن حزم (٣/ ١٢٢)، مجموع شرح المهذب (٣/ ٨٢).

(٣) انظر حاشية الدسوقى الشرح الكبير (١/ ١٩١).

(٤) (الترجيع : أن يأتى بالشهادتين بأعلى من صوته بهما أولاً ويكون صوته فى الترجيع مساويًا لصوته فى التكبير)، انظر حاشية الدسوقى (١/ ١٩٣).

أول الأذان، والثانى: فى الترجيع، والثالث: فى التشويب والرابع فى إيتار الإقامة، والخامس فى قوله: قد قامت الصلاة، وما سوى ذلك من ألفاظهما لا خلاف فيه(١).

فصل

فأما التكبير فى أول الأذان، فإنه عندنا مرتان، وقال أبو حنيفة(٢) والشافعى أربع مرات(٣)، ودليلنا: روى ابن وهب عن عثمان بن الحكم الجذامى عن ابن جريج قال: حدثنى [غير واحد من آل أبى محذورة أن أبا محذورة قال](٤): أن رسول الله ﷺ علمنى الأذان: الله أكبر، الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله. . .(٥) الحديث، قال عطاء: وما علمت تأذين [من مضى](٦) يخالف تأذينهم اليوم(٧)، ورواه عمار بن سعد القرظى عن أبيه: أن هذا الأذان أذان بلال الذى أمر رسول الله ﷺ به(٨)، قال موسى بن هارون: وأذان بلال وسعد القرظى واحد، وهو أذان أهل المدينة، ولأن ذلك إجماع أهل المدينة ونقل خلفهم عن سلفهم(٩)، فلا يعارض بأحاديث الآحاد ولأنه أحد طرفى الأذان فكان مساويًا للإقامة فيه، أصله: لا إله إلا الله، ولأنه نداء بالصلاة كالإقامة(١٠).

---

(١) انظر كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٥٥)، الفتاوى الهندية (١/ ٥٥).

(٣) انظر مجموع شرح المهذب (٣/ ٩٠)، الأم للإمام الشافعى (١/ ٧٣).

(٤) ما بين المعكوفتين مطموس فى جميع الأصول التى لدينا وأكملنا سياق الدليل من المدونة (١/ ٦١).

(٥) أخرجه مسلم: الصلاة (١/ ٢٨٧) ح (٦/ ٣٧٩)، وأبو داود: الصلاة (١/ ١٣٥) ح (٥٠٥) والنسائى: الأذان (٢/ ٤) (باب خفض الصوت فى الترجيع فى الأذان).

(٦) ما بين المعكوفين مطموس فى النسخ وضبطه من المدونة انظر المدونة (١/ ٦٢).

(٧) انظر المدونة حيث نقله فى المدونة عن ابن جريج عن عطاء، المدونة (١/ ٦٢).

(٨) عند البخارى ومسلم عن أنس رضى الله عنه قال «أمر بلال أن يشفع الأذان وأن يوتر الإقامة»، أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ١٠٠) ح (٦٠٧)، ومسلم: الصلاة (١/ ٢٨٦) ح (٢/ ٣٧٨).

(٩) ذكره الإمام النووى فى شرح صحيح مسلم (٤/ ٨١).

(١٠) قال الإمام النووى: (هكذا وقع هذا الحديث فى صحيح مسلم فى أكثر الأصول فى أوله الله أكبر مرتين فقط ووقع فى غير مسلم: الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر أربع مرات قال القاضى عياض رحمه الله: ووقع فى بعض طرق الفارسى فى صحيح مسلم أربع مرات وكذلك اختلف فى حديث عبد الله بن زيد فى التثنية والتربيع، والمشهور فيه التربيع، وبالتربيع قال الشافعى =

فصل

وأما الترجيع[١] فمن سنته، خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لحديث أبى محذورة رضى الله عنه الذى رويناه وفيه: «ثم ترجع فترفع صوتك» فيقول: أشهد أن لا إله إلا الله، ومثله فى حديث سعد القرظى فى صفة أذان بلال[٣]، ويعضده نقل أهل المدينة المتواتر وعملهم به المتصل.

فصل

فأما الصلاة خير من النوم، فمن سنة أذان الصبح، خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى فى أحد قوليه[٥]، لقوله ﷺ لبلال: «اجعلها فى أذانك»[٦]، وفى حديث أبى محذورة: أن رسول الله ﷺ علمه الأذان، وفيه: «فإن كنت فى صلاة الصبح فقل الصلاة خير من النوم، الصلاة خير من النوم»[٧]، ويعضده عمل أهل المدينة المتصل.

فصل

فأما إيتار الإقامة فخلافًا لأبى حنيفة[٨]، لأنه يذهب على أنها شفع كالأذان، ودليلنا:

= وأبو حنيفة وأحمد وجمهور العلماء وبالتثنية قال مالك واحتج بهذا الحديث وبأنه عمل أهل المدينة وهم أعرف بالسنن واحتج الجمهور بأن الزيادة من الثقة مقبولة وبالتربيع عمل أهل مكة وهى مجمع المسلمين فى المواسم وغيرها ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة وغيرهم)، انظر صحيح مسلم شرح النووى (٤/ ٨١).

(١) تقدم تعريفه.

(٢) قال العلامة الهمام: (ولا ترجيع فى الأذان وهو أن يأتى بالشهادتين مرتين مخافتة)، الفتاوى الهندية (١/ ٥٦)، الهداية للمرغينانى (١/ ٤٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٤٤)، الفتاوى الهندية (١/ ٥٥).

(٥) قال النووى: (التثويب أن يقول فى أذان الصبح بعد الحيعلتين: الصلاة خير من النوم مرتين وهو سنة على المذهب الذى قطع به الأكثرون وقيل قولان القديم الذى يفتى به أنه سنة والجديد: ليس سنة)، روضة الطالبين (١/ ١٩٩)، مجموع شرح المهذب (٣/ ٩٤).

(٦) ذكره الحافظ الزيلعى وقال: رواه الطبرانى فى معجمه الكبير، انظر نصب الراية (١/ ٢٦٤).

(٧) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٣٣) ح (٥٠١)، وأحمد: المسند (٣/ ٥٠٠) ح (١٥٣٨٥).

(٨) قال المرغينانى: (والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح: قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور)، انظر الهداية (١/ ٤٤)، الفتاوى الهندية (١/ ٥٥).

ما رواه عمار بن سعد عن أبيه قال: «أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة»[١].

وروى مسلم عن ابن عمر قال: «كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين والإقامة مرة مرة»[٢]، وروى سعد القرظي: أن رسول الله ﷺ أمر بلالاً بالأذان ثم قال: والإقامة واحدة واحدة[٣]، وقال إبراهيم بن عبد العزيز بن أبي محذورة: أدركت جدي وأبي وأهلي يقيمون فرادى[٤]، وكان ذلك نقل أهل المدينة وعملهم المتصل.

فصل

فأما اختياره في قوله: قد قامت الصلاة مرة واحدة خلافًا للشافعي[٥]، فلما رواه سعد القرظي: أن رسول الله ﷺ أمر بلالاً بالإقامة واحدة[٦]، ويقول قد قامت الصلاة مرة واحدة، وهذا نص، ومثله حديث أبي محذورة[٧]، ولأنه نقل أهل المدينة خلف عن سلف، ولأنه لفظ يختص بالإقامة، فوجب أن يكون على أصلها في الإيتار، كما أن الصلاة خير من النوم لما كان لفظًا يختص الأذان كان على أصل الأذان في الإشفاع.

فصل

ولا [يندب][٨] أن يؤذن لصلاة قبل وقتها إلا الصبح وحدها خلافًا لأبي حنيفة في منعه الأذان للصبح قبل وقتها[٩]، لقوله ﷺ: «إن بلالاً يؤذن بليل»، وروى: لا يمنعكم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) لم أجده عن مسلم فقد أخرجه أبو داود: الصلاة (١/١٣٨) ح (٥١١)، والنسائي: الأذان (٢/١٨) (باب كيف الإقامة؟) والدارمي: الصلاة (١/ ٢٩٠) ح (١١٩٣)، وأحمد: المسند (٢/١١٩) ح (٥٦٠٤)، انظر تلخيص الحبير (١/٢٠٨) ح (٨).

(٣) أصله عند البخاري ومسلم من حديث أنس رضي الله عنه وقد تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه الدارقطني: سننه (١/ ٢٣٦) ح (١).

(٥) قال النووي: (يأتي بقوله قد قامت الصلاة مرتين)، المجموع (٣/ ٩١).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ما بين المعكوفين بياض بالأصل ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٩) قال العلامة الهمام الشيخ نظام: (تقديم الأذان على الوقت في غير الصبح لا يجوز اتفاقًا وكذا في الصبح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وإن قدم يعاد في الوقت)، الفتاوى الهندية (١/ ٥٣)، الهداية للمرغيناني (١/٤٦).

من سحوركم أذان بلال فإنه يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم»[(١)]، وفى حديث زياد بن [الحارث الصدائى][(٢)] قال: لما كان أول أذان الصبح، أمرنى رسول الله ﷺ فأذنت فجعلت أقول: أقيم يا رسول الله، فجعل ينظر إلى ناحية [المشرق][(٣)] إلى الفجر فيقول: لا، حتى إذا طلع الفجر أمرنى بالإقامة[(٤)]. ولأن من سنتها التغليس بها، وذلك يقتضى تقديم أذانها وسائر شروطها [ ][(٥)] وقتها ليتمكن من أدائها مع أول الوقت.

فصل

فأما سائر الصلوات فلا يؤذن لها إلا بعد دخول وقتها، لأن ذلك هو الأصل، ولأن ذلك هو إعلام بوجوب الصلاة ودعاء إليها، وذلك إنما يكون بعد دخول الوقت[(٦)]، وأما الصبح فإنها تدرك الناس [ ][(٧)] ليتأهب الناس لها لاستدراك فضيلة التغليس بها وسائر الصلوات بخلافها لأنها تدرك الناس متصرفين فى معايشهم وأشغالهم فلا يحتاجون إلى أكثر من الإعلام بوجوبها.

مسائل الأذان

لا بأس باستدارة المؤذن عن يمينه وشماله، إذا أراد [الإسماع][(٨)] لأن الأذان إعلام للغائب والحاضر ويحتاج فى إعلام الغائب أكثر مما يحتاج إليه فى إعلام الحاضر[(٩)]، ويكره التطريب والتلحين فيه، ويمثل ما يكره: من التشبيه بالأغانى وما ينبغى تنزيه

---

(١) أخرجه البخارى: الأذان (٢/١٢٣) ح (٦٢٢و٦٢٣)، ومسلم: الصيام (٢/٧٦٨) ح (١٠٩٢/٣٨).

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى الأصول وقد أثبتناه من سنن أبى داود (١/١٣٩).

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى الأصول وقد اثبتناه من سنن أبى داود (١/١٣٩).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/١٣٩) ح (٥١٤) والترمذى: الصلاة (١/٣٨٣) ح (١٩٩)، وقال: وحديث زياد إنما نعرفه من حديث الإفريقى، وهو ضعيف عند أهل الحديث، ضعفه يحيى بن سعيد القطان وغيره، وقال أحمد: لا أكتب حديث الإفريقى.

(٥) مطموس فى جميع النسخ.

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٩٦).

(٧) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع الأصول.

(٨) ما بين المعكوفين مطموس ولعل الصواب ما أثبتناه من مصادره.

(٩) ذكره فى الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/١٩٦).

أذكار القرب عنه، وله رفع الصوت به، ووضع الأصابع فى أذنيه لأن ذلك عون له على التبليغ، والتوجه إلى القبلة أحب إلينا، وله أن يؤذن كيف تيسر عليه ولا يتكلم فى أذانه ولا يقطعه بغيره لأن الغرض به الإعلام بالصلاة [ ][1] على نفسه، وأداه على نظامه، فإذا تخلله ما ليس منه من كلام، أو رد سلام زال الغرض به واختلط على سامعه وظن أنه ليس بالأذان المأمور به، ويجوز اتخاذ الأعمى مؤذنًا لأن ابن أم مكتوم كان يؤذن للنبى ﷺ وكان أعمى[2]، ولأنه لما جازت إمامته فالأذان بالجواز أولى، ولأن الغرض من الأذان الإعلام والتبليغ وذلك متأت منه كتأتيه من البصير، ولا بأس بأذان مؤذن، وإقامة غيره، ولأنه لما جاز أن يؤذن واحد ويؤم غيره جاز أن يؤذن ويقيم غيره[3]، وأذان المحدث جائز والأفضل أن يكون طاهراً لأنه دعاء إلى الصلاة فيجب أن يكون الداعى إليها على صفة من يمكنه أن يصلى، فإن أذن على غير طهور جاز لأن الإخلال بالفضيلة لا يمنع الجواز، والإقامة بخلاف الأذان لأنها متصلة بالصلاة غير متراخية عنها، وأذان الراكب جائز، وفى إقامته راكبًا روايتان: إحداهما: الجواز اعتباراً بالأذان، والأخرى: الكراهية لأن ذلك يؤدى إلى التراخى بينها وبين الصلاة لتشاغله بنزوله ومشيه إلى الموضع الذى يريد الصلاة فيه[4]، ولا أذان على مسافر لأنه لا جماعة عليه، ولا على النساء لأنهن لسن من أهل الجماعة، وإن أقمن فحسن لأن الإقامة آكد من الأذان لأنه قد خوطب بها من [ ][5].

فصل

ومن سمع المؤذن فيستحب له أن يقول مثل ما يقول[6]، لأن رسول الله ﷺ قال: «إذا سمعتم المؤذن يؤذن فقولوا مثل ما يقول»[7]، وينتهى بالتحكية إلى آخر التشهد، لأن ذلك ذكر وتهليل وتكبير، فجار للسامع بل يندب إلى أن يقول كقول المؤذن،

---

(١) طمس فى جميع النسخ.

(٢) ثبت فى الحديث الذى ذكرت قريبًا اتخاذ ابن أم مكتوم مؤذنًا.

(٣) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ١٩٧ ـ ١٩٨).

(٤) انظر المدونة الكبرى (١/ ٦٤).

(٥) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ.

(٦) انظر حاشية الدسوقى (١/ ١٩٨).

(٧) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ١٠٨) ح (٦١١)، ومسلم: الصلاة (١/ ٢٨٨) ح (١٠/ ٣٨٣)، بلفظ «إذا سمعتم النداء فقولوا مثلما يقول المؤذن».

وقوله: حى على الصـلاة دعاء إلى الصلاة والسـامع ليس بداع إليها فـلم يكن لحكايته المؤذن فى ذلك معنى[١]، ولا أذان لشىء من النوافل[٢] لأنه لم يرو عن النبى أنه أذن له فيهـا ولا أقيم، ولأن الأذان إعلام بوجوب الصـلاة والنوافل غير واجبـة. والإقامة فى ذلك تابعة للأذان والله أعلم.

(١) انظر حاشية الدسوقى (١/١٩٨).
(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٩٨).

باب

وعلى المعاين للقبلة[١] استقبالها لقوله تعالى: ﴿فول وجهك شطر المسجد الحرام﴾ [البقرة:١٤٤]، وقوله: ﴿وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره﴾ [البقرة:١٤٤]، وإن كان غائبًا عنها ففرضه الاجتهاد فى طلبها بالأدلة المنصوبة عليها، فإن صلى بغير اجتهاد فلا تجزيه، وإن عميت عليه الأدلة لزمه أن يصلى إلى حيث يغلب على ظنه أن القبلة فى تلك الجهة، فإن غلبه ظنه أنها فى جهة من الجهات فصلى إليها ثم بان له أنه استدبرها فلا إعادة عليه واجبة[٢]، خلافًا للمغيرة، والشافعى[٣]، لقوله تعالى: ﴿فأينما تولوا فثم وجه الله﴾ [البقرة:١١٥]، فمفهوم هذا: أن الإجزاء يحصل على أى وجه وقع الاستقبال من الجهات، وروى عامر بن ربيعة قال: كنا مع رسول الله ﷺ فى سفر فى ليلة ظلماء ذات ريح ومطر، فحضرت الصلاة فصلى كل رجل منا على حيال وجهة لغير القبلة، فلما أصبحنا سألنا رسول الله ﷺ فقال: «مضت صلاتكم»، ونزلت هذه الآية: ﴿فأينما تولوا فثم وجه الله﴾ [البقرة:١١٥]، وروى عطاء عن جابر قال: بعث رسول الله ﷺ سرية كنت فيها فأصابتنا ظلمة ولم نعرف القبلة فقالت طائفة منا: القبلة هاهنا قبل الشمال، وقالت طائفة: هاهنا قبل الجنوب، فلما أصبحوا إذا تلك الخطوط لغير القبلة [فأتينا][٤] رسول الله ﷺ[٥] فأنزل الله تعالى: ﴿فأينما تولوا فثم وجه الله﴾ [البقرة:١١٥]، وفى حديث آخر قال: «أحسنتم» ولم يأمرنا بالإعادة[٦]. ولأنه [فعل][٧] الصلاة على الوجه الذى فرض عليه من الاجتهاد فى طلب جهة القبلة مع عدم التوصل إلى ذلك يقينًا فأجزاه كما لو أصابها.

---

(١) قال الفيروز آبادى، (القبلة بالكسر التى يصلى نحوها والجهة والكعبة وكل ما يستقبل وقبالته بالضم: تجاهه)، القاموس المحيط (٤/٣٤).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٩٨).

(٣) قال النووى: (أصح القولين عند الأصحاب تجب الإعادة)، مجموع شرح المهذب (٣/٢٢٥)، روضة الطالبين (١/٢١٩).

(٤) ما بين المعكوفين مطموس فى الأصول وأثبتناه من مصادره.

(٥) أخرجه الدارقطنى: سننه (١/٢٧١) ح (٣) والحاكم فى المستدرك (١/٢٠٦)، والبيهقى فى الكبرى (٢/١٨) ح (٢٢٤٣).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/١٨) ح (٢٢٤٢).

(٧) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

فصل

إذا ثبت أنه لا تلزمه الإعادة فيستحب له أن يعيد في الوقت ليستدرك فضيلة الوقت لجواز أن يكون [آلى][١] في اجتهاده [وأدى][٢] فيه، ولبقاء الوقت من التأثير والحرمة ما ليس له مع الفوات.

فصل

ويلزم المصلى أن يعتقد الصلاة وينوى الدخول فيها بقلبه وليس عليه نطق بلسانه[٣]، وذلك لقوله تعالى: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ [البينة: ٥]، والإخلاص هو القصد إليه بالعمل، وقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى»[٤]، ولأنها قربة، فلابد فيها من نية كسائر القرب، وإذا ثبت ذلك فيجب أن تكون النية مقارنة لابتدائها غير متأخرة عليها أو متقدمة عليها إلا أن يستصحبها ذكر إن تقدمت إلى ابتدائها.

فصل

والدخول فيها بتكبيرة الإحرام[٥]، ولفظها الله أكبر لا يجزيه غيره، خلافًا لأبى حنيفة إذ يقول: إنه يجزيه أن يحرم بقوله: الله أجل، والله أعظم[٦]، لقوله عليه الصلاة والسلام: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»[٧]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «تحريمها التكبير»[٨]، وقوله: «لا يقبل الله صلاة أحدكم حتى يتوضأ كما أمره الله» إلى قوله:

(١) ما بين المعكوفين مطموس فى النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٢) ليس فى الأصل ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/١٩٩).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) الإحرام أبتداؤها أى: الصلاة مقارنًا لنيتها»، (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع) (١/١٢٢).
(٦) قال المرغينانى: (فإن قال بدل التكبير الله أجل أو أعظم أو الرحمن أكبر أو لا إله إلا الله أو غيره من أسماء الله تعالى أجزأه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان يحسن التكبير لم يجزئه إلا قوله الله أكبر أو الله الأكبر أو الله الكبير)، الهداية للمرغينانى (١/ ٥٠)، الفتاوى الهندية (١/٦٨).
(٧) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ١٣١) ح (٦٣١)، والبيهقى فى الكبرى (٢/٤٨٦) ح (٣٨٥٦).
(٨) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/١٦) ح (٦١) والترمذى: الطهارة (١/٨) ح (٣)، وقال: هذا الحديث أصح شىء فى هذا الباب وأحسن وابن ماجه: الطهارة (١/١٠١) ح (٢٧٥) وأحمد: =

«ثم يستقبل القبلة فيقول: الله أكبر»[١]، ولأنه لفظ عرى عن التكبير مع القدرة عليه فلم يصح [ ][٢]، ولأنه ركن من أركان الصلاة، فوجب أن يكون متعينًا بالركوع والسجود.

فصل

ولا يجزيه أن يقوم بقوله: الله الأكبر، خلافًا للشافعي[٣]، لما ذكرناه، ولأنه غير بِنيَة قوله: الله أكبر، فلم يجز، أصله قوله: الله الكبير.

فصل

ويرفع يديه عند تكبيرة الإحرام، لما روى: «أنه ﷺ كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه»[٤]، وفى رفعهما عند الركوع والرفع منه روايتان[٥]: فوجه اختياره ما روى: «أن النبى ﷺ كان يرفع يديه عند الافتتاح وحين يركع وحين يرفع رأسه من الركوع»[٦]، ووجه الآخر أن قوله ﷺ: «كان يرفع يديه مرة واحدة ثم لا يعود لرفعها بعد»[٧]، ولأنه تكبير موضوع للانتقال من ركن إلى ركن كتكبير السجود.

فصل

ويرفعها حذو منكبيه ودون ذلك، خلافًا للشافعى[٨]، لما روى: «أن رسول الله ﷺ كان إذا افتتح الصلاة يرفع يديه حذو منكبيه»[٩].

= المسند (١/ ١٥٤) ح (١٠١٠)، انظر نصب الراية (١/ ٣٠٧).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ.

(٣) قال النووى: (ولو قال الله الأكبر أجزأه على المشهور)، انظر روضة الطالبين (١/ ٢٢٩)، المجموع (٣/ ٣٠٢).

(٤) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٥٥) ح (٧٣٥)، ومسلم: الصلاة (١/ ٢٩٢) ح (٢١/ ٣٩٠).

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ٧١).

(٦) أخرجه مسلم: الصلاة (١/ ٣٠١) ح (٥٤/ ٤٠١)، وأبو داود: الصلاة (١/ ١٩٠) ح (٧٢٦).

(٧) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٩٦) ح (٧٤٨)، والترمذى: الصلاة (٢/ ٤٠) ح (٢٥٧)، وقال: حديث حسن. والنسائى: التطبيق (٢/ ١٥٣) (باب الرخصة فى ترك ذلك)، انظر نصب الراية (١/ ٣٩٤).

(٨) انظر روضة الطالبين (١/ ٢٣١)، مجموع شرح المهذب (٣/ ٣٠٧).

(٩) تقدم تخريجه.

فصل

ويقرأ عقيب التكبير، ولا يفصل بينهما بتوجيه[١] ولا تسبيح، خلافًا للشافعى[٢]، لقوله ﷺ: «ثم يكبر ثم يقول»[٣]، وقوله للذى علمه: «كبر ثم اقرأ»[٤]، وفى حديث أبى : «أنه ﷺ قال لـه: كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة؟ قال: فقرأه الحمد لله رب العالمين»[٥] ولم يذكر توجيهًا ولا تسبيحًا.

فصل

والواجب من القراءة متعين وهو: فاتحة الكتاب لا يجزيه غيره، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: أى شىء قرأ من القرآن أجزاه[٦]، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب»[٧]، وقوله: «لا صلاة [لمن لم يقرأ بأم القرآن»[٨]][٩]، ولأن أركان الصلاة أقوال وأفعال، فلما كانت الأفعال متعينة فكذلك الأقوال.

فصل

ولا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم سراً ولا جهراً، وليست من الحمد ولا من كل سورة إلا من النمل فى قوله: ﴿إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم﴾ [النمل: ٣٠]، وقال الشافعى: هى من الحمد ولا تجزى الصلاة إلا بها، وله قولان فى أنها من كل سورة[١٠]، ودليلنا أنها لو كانت من الحمد لكان ـ عليه الصلاة والسلام ـ بين

(١) التوجيه: أن يقول وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفًا، والتسبيح معروف.

(٢) انظر روضة الطالبين (١/ ٢٣٩)، مجموع شرح المهذب (٣/ ٣١٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٣٢٣) ح (٧٩٣)، ومسلم: الصلاة (١/ ٢٩٨) ح (٤٥/ ٣٩٧).

(٥) أخرجه الترمذى: فضائل القرآن (٥/ ١٥٥) ح (٢٨٧٥) وقال: حسن صحيح، ومالك فى الموطأ: الصلاة (١/ ٨٣) ح (٣٧)، وأحمد: المسند (٥/ ١٣٩) ح (٢١١٥٣).

(٦) قال المرغينانى: (فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنًا عندنا وكذا ضم السورة إليها)، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٥٢)، الاختيار (١/ ٧٤).

(٧) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٧٦) ح (٧٥٦)، ومسلم: الصلاة (١/ ٢٩٥) ح (٣٤/ ٣٩٤).

(٨) أخرجه مسلم: الصلاة (١/ ٢٩٥) ح (٣٦/ ٣٩٤) ولفظه، والدارمى: الصلاة (١/ ٣١٢) ح (١٢٤٢).

(٩) ما بين المعكوفين لم يوجد فى (أ)، ومطموس فى باقى الأصول. وأثبتناه من مصادره.

(١٠) انظر مجموع شرح المهذب (٣/ ٣٣٣)، انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٢٤٢).

ذلك بيانًا مستفيضًا على عادته فى بيان القرآن، ولو فعل ذلك لانقطع العذر ولم يقع خلافه كسائر آياتها، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «يقول الله تعالى: قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين، فنصفها لى ونصفها لعبدى، ولعبدى ما سأل، فإذا قال العبد: الحمد لله رب العالمين»[1] الخبر، ففيه دليلان، أحدهما: أنه بين كيفية قسمة السورة [فبدأ بالحمد لله][2]، فلو كانت التسمية منها لبدئ بها، الأخرى: أنه بين أن القسمة بالآيات»، وفى إثبات التسمية إبطال لهذا المعنى، وفى حديث أنس: «أن النبى ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان وعليًا كانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين»[3]، وفى خبر آخر. «كانوا لا يقرءون بسم الله الرحمن اللرحيم»[4]، وفى حديث عبد الله بن مغفل أنه قال لابنه: إياك والحدث، فإنى صليت خلف رسول الله ﷺ وأبى بكر وعثمان فلم يكن أحد منهم يقرؤها[5].

فصل

والصلوات الراتبة من الفرائض فى هذا والنوافل فى هيئة من الإسرار والجهر على ثلاثة أوجه: منها ما يجهر بالقراءة فى جميعها، ومنها ما يسر فى جميعها، ومنها ما يجهر فى بعضها ويسر فى بعضها، فالأول: هو الصبح والجمعة هذا من الفرائض، وصلاة العيدين والاستسقاء والوتر من السنن، والثانى: هو الظهر والعصر من الفرائض وركعتى الفجر وصلاة الكسوف من النوافل، والثالث: هو المغرب والعشاء الآخرة، فالجهر فى الركعتين الأوليين منها، وباقيها يسر فيها، وكل هذا مما تناقلته الأمة بالعمل

---

(١) أخرجه مسلم: الصلاة (١/٢٩٦) ح (٣٨/٣٩٥) وأبو داود: الصلاة (١/٢١٤) ح (٨٢١) والترمذى: التفسير (٥/٢٠١) ح (٢٩٥٣) والنسائى: الافتتاح (٢/١٠٥) (باب ترك قراءة بسم الله الرحمن الرحيم فى فاتحة الكتاب) وابن ماجه: الأدب (٢/١٢٤٣) ح (٣٧٨٤).

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ، فلعل ما أثبتناه موافق للسياق.

(٣) أخرجه البخارى: الأذان (٢/٢٦٥) ح (٧٤٣) ولم يذكر «عثمان، وعلى رضى الله عنهما ومسلم: الصلاة (١/٢٩٩) ح (٣٩٩/٥٢) ولم يذكر «عليًا» رضى الله عنه.

(٤) أخرجه مسلم: الصلاة (١/٢٩٩) ح (٣٩٩/٥٠)، والنسائى: الافتتاح (٢/١٠٤) (باب ترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم).

(٥) أخرجه الترمذى: الصلاة (٢/١٢) ح (٢٤٤) وقال: حسن، والنسائى: الافتتاح (٢/١٠٤) (باب ترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم)، وابن ماجه: الإقامة (١/٢٦٧) ح (٨١٥)، انظر نصب الراية (١/٣٣٢).

وعضده الإجماع[١] فأغنى عن زيادة عليه.

فصل

ويستحب إطالة القراءة فى الصبح والظهر بطوال [المفصل][٢]، وتخفيفها فى العصر والمغرب، وتوسطها فى العشاء الآخر. [وهو][٣] أيضًا مما نقلته الأمة بالعمل.

فصل

ويستحب للمأموم والمنفرد إذا فرغا من قراءة أم القرآن التأمين[٤]، لما روى أنه ﷺ: «كان إذا قال: غير المغضوب عليهم ولا الضالين قال: «آمين»[٥]، وقوله: «إذا قال الإمام: ولا الضالين، فقولوا: آمين»[٦] [فإنه من وافق قوله قول الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه[٧]][٨].

فصل

وفى الإمام روايتان[٩]: إحداهما: لا يؤمن وهى الظاهر، والأخرى: أنه يؤمن، فوجه الأولى قوله ﷺ: «إذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا: آمين»[١٠]، فلو كان التأمين من سنته لقال: إذا قال آمين فقولوا، ولأن الإمام داع والمأموم مستمع، لأن هذا هو سبيل الدعاء أن يكون المؤمن غير الداعى، ووجه الثانية قوله: «إذا أمن الإمام فأمنوا»[١١]، ولأنه ذكر سن للمأموم فكان مسنونًا للإمام كسائر الأذكار المسنونة، ولأنه مصلٍّ

---

(١) انظر مراتب الإجماع (ص ٣٣).

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى الأصول وتم الإكمال من المصادر الأخرى.

(٣) مطموس فى الأصل والزيادة لاستقامة السياق.

(٤) وهو قول (آمين).

(٥) أصله عند البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه، أخرجه البخارى: الأذان (٢/٣٠٦) ح (٧٨٠)، ومسلم: الصلاة (١/٣٠٧) ح (٧٢,٧٦/ ٤١٠).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ما بين المعكوفين مطموس فى النسخ وأثبتناه من مصادر الحديث.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢٠٦).

(١٠) تقدم تخريجه.

(١١) تقدم تخريجه.

فاستحب له التأمين كالمنفرد والمأموم.

فصل

قراءة سورة مع أم القرآن سنة فى الركعتين الأوليين من كل صلاة رباعية أو ثلاثية، وفى كلتا ركعتى الفجر، لأن النقل ورد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام، وقد قال: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»[١]، وروى أبو هريرة قال: «أمرنى رسول الله ﷺ أن أنادى أنه لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب فما زاد»[٢].

فصل

والركوع والسجود من أركان الصلاة، لقوله تعالى: ﴿اركعوا واسجدوا﴾ [الحج:٧٧]، وقوله ﷺ: «واركع حتى تطمئن راكعًا...» إلى قوله: «فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك»[٣]، وقوله: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»[٤]، ولا خلاف فى ذلك[٥].

فصل

والاعتدال فيهما واجب، خلافًا لأبى حنيفة[٦]، لقوله ﷺ: «اعتدلوا فى السجود»[٧]، وقوله: «اركع حتى تطمئن راكعًا»[٨].

وفى حديث أبى حميد: «أنه ﷺ كان يعتدل فى ركوعه»[٩]، ولأنه ركن مستحق مقصود، فكان شرطه الطمأنينة والاعتدال كالقيام والجلسة الأخيرة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢١٤) ح (٨٢٠)، وأحمد: المسند (٢/ ٥٦٤) ح (٩٥٤١).

(٣) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٧٦) ح (٧٥٧)، ومسلم: الصلاة (١/ ٢٩٨) ح (٤٥/ ٣٩٧) ولفظهما «ثم... واركع حتى تطمئن راكعًا...»، والترمذى: الصلاة (٢/ ١٠٠) ح (٣٠٢) ولفظه عنده.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) مراتب الإجماع (ص ٢٦)، المغنى (١/ ٥٣٧).

(٦) الفتاوى الهندية (١/ ٧٤).

(٧) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٣٥١) ح (٨٢٢)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٥٥) ح (٢٣٣/ ٤٩٣).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٩١) ح (٧٣٠)، والترمذى: الصلاة (٢/ ١٠٥) ح (٣٠٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣٣٧) ح (١٠٦١).

فصل

ويكبر عند الشروع فى الركوع والسجود والرفع من السجود لما روى: «أنه ﷺ كان يكبر فى كل خفض ورفع»(١)، [وهذا](٢) منقول بالعمل.

فصل

فأما رفع رأسه من الركوع فالإمام يقول: سمع الله لمن حمده، والمأموم يقول: اللهم ربنا ولك الحمد، والمنفرد يقولهما(٣)، والأصل فى أن الإمام لا يقولها ما روى: «أنه ﷺ كان إذا رفع رأسه من الركوع يقول: سمع الله لمن حمده»(٤)، وإنما قلنا: إن المأموم يقول: اللهم ربنا ولك الحمد لقوله: إنما جعل الإمام ليؤتم به... إلى قوله: فإذا قال: سمع الله لمن حمده فقولوا: ربنا ولك...»(٥)، وإنما قلنا: إن الإمام يقتصر على قول: سمع الله لمن حمده من غير أن يقول: اللهم ربنا ولك الحمد لأن المأموم يقتصر على أن يقول: اللهم ربنا ولك الحمد ولا يقول: سمع الله لمن حمده، لقوله: «إذا قال: سمع الله لمن حمده فقولوا: ربنا ولك الحمد»(٦)، ولم يقل: فقولوا: سمع الله لمن حمده، ولأنه ميز بين ما يقوله الإمام، وما يقوله المأموم، وجعل سمع الله لمن حمده فى حيز ما يقوله الإمام، وجعل اللهم ربنا ولك الحمد فى حيز ما يقول المأموم، فدل على اختصاص كل واحد منهما بما أضيف إليه، ولأن قول الإمام سمع الله لمن حمده دعاء، وقول المأموم ربنا ولك الحمد تأمين وقد بينا أن من سبيل الدعاء أن يدعو واحد ويؤمن غيره.

---

(١) عند البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة «أنه كان يصلى فكبر كلما خفض ورفع،.. قال: إنى لأشبهكم صلاة برسول الله ﷺ» أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٣١٤) ح (٧٨٥)، ومسلم: الصلاة (١/ ٢٩٣) ح (٢٧/ ٣٩٢)، والترمذى: الصلاة (٢/ ٣٣) ح (٢٥٣)، والنسائى: التطبيق (٢/ ١٦١) (باب التكبير للسجود) من حديث ابن مسعود رضى الله عنه.

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ وما أثبتناه يوافق السياق.

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ٧٣).

(٤) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٥٦) ح (٧٣٦) عن ابن عمر رضى الله عنه ومسلم: الصلاة (١/ ٣٤٦) ح (٢٠٢/ ٤٧٦) عن ابن أبى أوفى رضى الله عنه.

(٥) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٠٤) ح (٦٨٩)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٠٨) ح (٧٧/ ٤١١).

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

والتسبيح فى الركوع والسجود غير واجب، خلافًا لأحمد[١]، وداود[٢]، لقوله: «ثم اركع حتى تطمئن راكعًا ثم ارفع»[٣]، ولم يقل فسبح، وقال: «ثم اسجد حتى تطمئن ساجدًا ثم اجلس»[٤]، ولم يأمر بتسبيح، وفى آخر الخبر: «فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك»[٥] وهو فى موضع تعليم، ولأنه نوع من التسبيح فأشبه الدعاء فى ما زاد على الثلاثة، [ ][٦]، ويمكن جبهته وأنفه من الأرض فى سجوده، فإن سجد على أنفه دون جبهته فلا يجزيه، وإن سجد على جبهته دون أنفه أعاد فى الوقت استحبابًا، وإنما قلنا: إن سجوده على الأنف لا يجزيه من الجبهة خلافًا لأبى حنيفة[٧]، لقوله ﷺ: «ويمكن وجهه»، وفى رواية: «جبهته من الأرض فى سجوده»[٨]، ولأنه موضع من الوجه فلم ينسب السجود عليه عن الجبهة، أصله الذقن، وإنما استحببنا أن يعيد فى الوقت لأن فى الحديث تمكين الوجه ولا يحصل ذلك على الاستيعاب، ويؤدى الصلاة على الوجه الجائز بالإجماع.

فصل

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة (١/ ٥٤٢)، الكافى لابن قدامة (١/ ٢٥٠).

(٢) قال الإمام النووى: (وقال داود: واجب مطلقًا وأشار الخطابى فى معالم السنن إلى اختياره)، انظر مجموع شرح المهذب (٣/ ٤١٤)، انظر المحلى لابن حزم (٣/ ٢٦٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع الأصول.

(٧) قال الموصلى: (فإن اقتصر على الجبهة جاز بالإجماع ولا إساءة، الاختيار (١/ ٦٨)، الهداية للمرغينانى (١/ ٥٤).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) هذا الفصل مطموس فى جميع النسخ.

فصل

التشهدان جميعًا سُنّتان[١]، خلافًا للشافعى فى إيجابه الآخر منهما[٢]، ولغيره فى إيجابه إياهما[٣]، لأنه ذكر فى تضاعيف الصلاة ليس من جنس المعجز، فلم يكن فرضًا أصله الدعاء والتسبيح، ولأنه تشهد فأشبه الأول، ولأنه ذكر يختص به القعود، [ ][٤]، فأشبه التشهد الأول، ولأنه غير متعين الألفاظ فلم يكن واجبًا لأن الأركان الواجبة فى الصلاة متعينة الألفاظ.

فصل

والاختيار عندنا من ألفاظه تشهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو: التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله، السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبد الله ورسوله»[٥]، وإنما اخترنا ذلك لأن عمر علمه الناس على المنبر فلم ينكر عليه أحد وهو إمام، ولأن ألفاظه متفق على نقله وثبوتها.

فصل

الصلاة على النبى ﷺ ليست بشرط فى صحة الصلاة[٦]، خلافًا للشافعى[٧]، لقوله فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك[٨]. ولم يذكر ما تنازعناه ولأنه ذكر أخص فى تضاعيف الصلاة فى غير القرآن فلم يكن واجبًا أصله: اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات، واعتبارًا

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٠٤).

(٢) قال الإمام النووى: (التشهد والجلوس له هما ضربان: أحدهما: أن يقعا فى آخر الصلاة وهما فرضان. والثانى: فى أثنائها وهم سنتان)، روضة الطالبين (١/ ٢٦١)، مغنى المحتاج (١/ ١٧٥).

(٣) قال شيخ الإسلام موفق الدين المقدسى: (فهما واجبان على الروايتين عن أحمد وهو مذهب الليث وإسحاق)، انظر المغنى (١/ ٥٧١)، الكافى (١/ ٢٥٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من جميع الأصول.

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ: الصلاة (١/ ٩٠) ح (٥٣)، والبيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٠٥) ح (٢٨٣٨, ٢٨٣٩) والحاكم فى المستدرك (١/ ٢٦٦)، وذكره الحافظ الزيلعى وقال: إسناده صحيح، انظر نصب الراية (١/ ٤٢١).

(٦) حاشية الدسوقى (١/ ٢٤٣).

(٧) انظر مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (١/ ١٧٣).

(٨) تقدم تخريجه.

بالصلاة على غيره من الأنبياء، ولأنه نوع من الدعاء فأشبه سائر الدعاء، ولأن من أصلنا أن التشهد غير واجب فنقول ذكر يختص به القعود قبل التحليل فأشبه التشهد الأول.

فصل

التسليم الأول فرض لا تتم الصلاة إلا به(١)، خلافًا لأبى حنيفة(٢)، لقوله: «وتحليلها التسليم»(٣)، وهذا خارج مخرج البيان فيقتضى ألا يقع التحليل إلا به، وقوله: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»(٤)، ورأيناه قد سلم فى الصلاة، ولأنه أحد طرفى الصلاة فوجب أن يكون نطقًا كالتحريم، ولأن الدخول فى الصلاة لما كان بلفظ معين فالخروج منها مثله، ولأنه ركن فى الصلاة فكان متعينًا كالركوع والسجود، وأن ما يضاد العبادة فلا [يصح](٥) به حكم لها كالأكل فى الصوم والوطء فى الحج.

فصل

التسليمة الثانية ليست بفرض، خلافًا لأحمد بن حنبل(٦) فى قوله: إن التسليمتين فرض، لقوله: «وتحليلها التسليم»(٧)، وذلك يقتضى أقل ما يقع عليه الاسم، وروت عائشة رضى الله عنها أنه ﷺ كان يسلم واحدة تلقاء وجهه»(٨)، ولأنه أحد طرفى الصلاة، فكان الغرض منه واحدة كالتحريمة.

فصل

والاختيار للإمام والمنفرد الاقتصار على تسليمة واحدة، خلافًا للشافعى(٩)، روى

(١) قال ابن عبد البر: (والسلام أن يقول: السلام عليكم مرة واحدة لا يجزئه إلا هذا اللفظ ولا يخرج من الصلاة بغيره)، انظر الكافى (١/ ٢٠٥).

(٢) قال المرغينانى: (وليست بفرض عندنا خلافًا للشافعى رحمه الله لأنه يتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام: «تحريمها التكبير وتحليلها التسليم، انظر الهداية (١/ ٥٧)، الاختيار للموصلى (١/ ٧١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ما بين المعكوفين لم يتضح من الأصول ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٦) قال ابن قدامة: (هذا التسليم واجب لا يقوم غيره مقامه)، انظر المغنى (١/ ٥٨٨).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) أخرجه الترمذى: الصلاة (٢/ ٩٠) ح (٢٩٦)، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٢٩٧) ح (٩١٩).

(٩) قال الإمام الشافعى: (وبهذه الأحاديث كلها نأخذ فنأمر كل مصلٍّ أن يسلم تسليمتين إمامًا كان =

أنس: «أن النبى ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يسلمون تسليمة واحدة»[(١)]، ولأن الثانية لا يقع بها تحليل ولا رد على سلام والسلام لا يراد إلا لأحد هذين الوجهين.

فصل

وأما المأموم فيستحب له أن يأتى بتسليمة ثانية يردها على إمامه، لما روى الحسن عن سلمة قال النبى ﷺ: «أن ترد السلام على الإمام»[(٢)]، ولأن الإمام قد جمع بتسليمه أمرين: التحليل والسلام على المأمومين فاحتاجوا إلى الرد عليه، وروى عن ابن عمر مثله[(٣)].

فصل

ولا يجوز من لفظ السلام إلا قوله: السلام عليكم، فإن نكر ونون فلا يجزيه[(٤)]، خلافًا لبعض الشافعية[(٥)]، لقوله عليه السلام: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»[(٦)]، والنقل متواتر بأنه كان يقول: «السلام عليكم»[(٧)]، ولأنه نطق واجب فى الصلاة، فكان معينًا كتكبيرة الإحرام.

= أو مأمومًا أو منفردًا ونأمر المصلى خلف الإمام إذا لم يسلم الإمام تسليمتين أن يسلم هو تسليمتين ويقول فى كل واحدة منهما السلام عليكم ورحمة الله). انظر الأم (١/١٠٦)، مغنى المحتاج (١/١٧٧).

(١) ذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/١٤٨ ـ ١٤٩) وقال: رواه البزار والطبرانى فى الكبير، والأوسط، ورجاله رجال الصحيح. وذكره الحافظ الزيلعى بلفظ «أن النبى ﷺ كان يسلم تسليمة واحدة»، وقال: رواه البيهقى فى المعرفة، وفى البيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٥٥) ح (٢٩٨٧)، انظر نصب الراية (١/ ٤٣٤).

(٢) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٦١) ح (١٠٠١)، والبيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٥٧) ح (٢٩٩٤)، من طريق الحسن عن سمرة قال: أمرنا النبى ﷺ أن نرد على الإمام..».

(٣) ذكره البيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٥٧) (باب: من قال ينوى بالسلام التحليل من الصلاة).

(٤) انظر حاشية الصعيدى على كفاية الطالب الربانى (١/ ٢٤٤).

(٥) قال الإمام النووى: (ولو قال: سلامٌ عليكم بالتنوين أجزأه على الأصح قلت: الأصح عند الجمهور لا يجزيه وهو المنصوص)، انظر روضة الطالبين (١/ ٢٦٧).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٦٠) ح (٩٩٦)، والترمذى: الصلاة (٢/ ٨٩) ح (٢٩٥) وقال: حسن صحيح، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٢٩٦) ح (٩١٤).

باب

اختلف أصحابنا فى ستر العورة: هل هو شرط فى صحة الصلاة أم لا؟ فإذا قلنا: إنه شرط فوجهه قوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[١]، وقوله: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»[٢]، ولأن كل ما كان واجبًا فى غير الصلاة تأكد وجوبه فى الصلاة، وإذا قلنا بالوجه الآخر فلأن [ ][٣] الصلاة من حقها بأن يتعلق [ ][٤] بالصلاة، فيجب بوجوبها ويسقط بسقوطها كالطهارة وغيرها، فلما اتفقنا على أن وجوب ستر العورة لا يقف على الصلاة، بل يجب فى كل حال أن يستر عن أعين الناس دل على أنها ليست من شرط صحة الصلاة[٥].

فصل

الحرة جميع بدنها عورة إلا الوجه والكفين، فيجب عليها ستر جميعه إلا قدر ما ذكرناه، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ [النور:٣١] قيل: الوجه والكفان، وروى أن أم سلمة سألت النبى عليه الصلاة والسلام: أتصلى المرأة فى درع[٦] وخمار[٧] ليس عليها إزار قال: «إذا كان الدرع سابغًا يغطى ظهور قدميها»، وهو فى الموطأ موقوف على أم سلمة[٨]، وروى نحوه عن عائشة رضى الله عنها[٩].

---

(١) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٧٠) ح (٦٤١) والترمذى: الصلاة (٢/ ٢١٥) ح (٣٧٧)، وقال: حسن، وابن ماجه: الطهارة (١/ ٢١٤) ح (٦٥٥)، وأحمد: المسند (٦/ ١٦٧) ح (٢٥٢٢١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) مطموس فى جميع النسخ

(٤) مطموس فى جميع النسخ.

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩٤).

(٦) الدرع من المرأة: قميصها، القاموس المحيط (٣/ ٢٠).

(٧) الخمار: ما تستتر به المرأة وتغطى به رأسها، القاموس المحيط (٢/ ٢٣).

(٨) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٦٩) ح (٦٤٠)، ومالك فى الموطأ: الجماعة (١/ ١٤٢) ح (٣٦)، انظر نصب الراية (١/ ٢٩٩).

(٩) أخرجه عبد الرزاق، وابن أبى شيبة.

فصل

وأما عورة الرجل فمن سرته إلى ركبته، ومن أصحابنا من يقول: هو من فوق العانة إلى الركبة، والفخذان من العورة، خلافًا لمن قال: إن العورة السوأتان فقط[١]، لقوله ﷺ: «إذا زوج أحدكم عبده فلا ينظر ما بين سرته إلى ركبتيه»، وفى بعض الطرق: «فإن ما بين السرة إلى الركبة عورة»[٢]، وقوله لعلى رضى الله عنه: «لا تنظر إلى فخذ حى ولا ميت»[٣]، وفى حديث عبد الله بن جرهد عن أبيه أن النبى ﷺ قال له: «غط فخذك فإن الفخذ عورة»[٤].

فصل

فأما الأمة فعورتها مثل عورة الرجل، بدليل جواز تقليبها عند الشراء ورؤية شعرها وذراعيها، وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يضرب الإماء، إذا لبسن الإزار، ويقول: «لا تتشبهن بالحرائر»، وقال: لابنه ألم أخبر أن جاريتك خرجت فى الإزار تشبهت بالحرائر ولو لقيتها لأوجعتها ضربًا[٥].

فصل

الصلاة فى الثوب الواحد إذا ستر العورة جائز[٦]، لأنه ﷺ كان يصلى فى الثوب

---

(١) قال النووى: (وقال داود ومحمد بن جرير وحكاه فى التتمة عن عطاء عورته الفرجان فقط، انظر مجموع شرح المهذب (٣/١٦٩)، المحلى لابن حزم (٣/ ٢١٠).

(٢) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٣٠) ح (٤٩٦)، انظر نصب الراية (١/٢٩٨).

(٣) أخرجه أبو داود: الجنائز (٣/١٩٣) ح (٣١٤٠)، وابن ماجه: الجنائز (١/٤٦٩) ح (١٤٦٠) وأحمد: المسند (١/١٨٣) ح (١٢٥٢)، انظر نصب الراية (٤/٢٤٤).

(٤) أخرجه أبو داود: الحمام (٤/٣٩) ح (٤٠١٤)، والترمذى: الأدب (٥/١١١) ح (٢٧٩٨)، وقال: حسن. والدارمى: الاستئذان (٢/ ٣٦٤) ح (٢٦٥٠)، وأحمد: المسند (٣/ ٥٨٢) ح (١٥٩٣٨).

(٥) الخبر الوارد عن عمر رضى الله عنه من طريق نافع، أن صفية بنت أبى عبيد حدثته قالت: خرجت امرأة متخمرة متجلبية، فقال عمر رضى الله عنه: من هذه المرأة؟ فقيل له: هذه جارية لفلان رجل من بنيه، فأرسل إلى حفصة رضى الله عنها فقال: ما حملك على أن تخمرى هذه الأمة وتجلبيها وتشبهيها بالمحصنات، أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/ ٣٢٠) ح (٣٢٢١).

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢٣٨).

الواحد»[١]، وقال لما سئل عنه: «أو لكلكم ثوبان»[٢]، إذا ثبت هذا فيكره أن يصلى عارى الكتفين من رداء أو ما يقوم مقامه فى الجماعة، لأن النبى ﷺ كان لا يصلى إلا برداء[٣]، ويكره السراويل[٤] وحده لأنه من زى الأعاجم، والأفضل فى الثوب الواحد فى القميص لا يعرى به الكتف، فإن لم يكن فالمئزر أفضل من السراويل.

فصل

ولا يغطى فى الصلاة أنفه، لنهيه ﷺ عن ذلك، وقوله: «خط كخط الشيطان»[٥]، ولأنه ضرب من سوء الأدب وترك التوقير للصلاة.

فصل

ويجوز أن يتقى بثوبه الحر والبرد وأذى الأرض لما روى: «أنه ﷺ كان يصلى فى كم له يتقى بفضوله حر الأرض وبردها»[٦] ولأن شدة الحر والبرد متى كلف المصلى مباشرته بيده يمنع الخشوع وأداء الصلاة على ما يجب لها.

فصل

كفت[٧] الشعر والثوب له حالان: حال يكره فيها، وحال يباح، فأما حال الإباحة بأن يكون فعل ذلك لغيره الصلاة لعمل كان يعمله، فشمر كمه أو ذيله أو كفت شعره لعمله الذى يربأه ثم أدركته الصلاة، فهذا يجوز له أن يصلى على هذه الحال لأنه لم

---

(١) أخرجه البخارى: الصلاة (١/٥٥٩) ح (٣٥٦)، ومسلم: الصلاة (١/٣٦٨) ح (٥١٧/٢٧٨).

(٢) أخرجه البخارى: الصلاة (١/٥٦١) ح (٣٥٨)، ومسلم: الصلاة (١/٣٦٧) ح (٥١٥/٢٧٥).

(٣) عند مسلم من حديث جابر بلفظ «رأيت النبى ﷺ يصلى فى ثوب واحد، متوشحًا به». أخرجه مسلم: الصلاة (١/٣٦٩) ح (٥١٨/٢٨١).

(٤) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير، (١/٢١٧ ـ ٢١٨).

(٥) ذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/٨٦) عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يصلين أحدكم وثوبه على أنفه فإن ذلك خطم الشيطان»، وقال: رواه الطبرانى فى الكبير والأوسط، وفيه ابن لهيعة وفيه كلام.

(٦) عند البخارى ومسلم عن أنس بن مالك قال «كنا نصلى مع النبى ﷺ فيضع أحدنا طرف الثوب من شدة الحر فى مكان السجود»، أخرجه البخارى: الصلاة (١/٥٨٧) ح (٣٨٥)، ومسلم: المساجد (١/٤٣٣) ح (١٩١/ ٦٢٠).

(٧) كفته: أى ضمه، القاموس المحيط (١/١٥٦).

يقصد بذلك الصلاة فينسب إلى التكبر وترك الخشوع، وحال الكراهة أن يكون قاصداً بذلك الصلاة، وأن يصون ثوبه وشعره أن يصيب بهما الأرض[(١)]، وذلك لقوله ﷺ: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ولا يكفت شعراً ولا ثوبًا»[(٢)]، فأخبر أن النهى عن ذلك [ ][(٣)] إذا قصد به الصلاة، ولأن فيه ضربًا من التجبر وترك الخشوع.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩٥).

(٢) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٣٤٧) ح (٨١٢)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٥٤) ح (٢٣٠/ ٤٩٠).

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ ونرى أنه لم يؤثر فى سياق الكلام.

باب

السهو[1] في الصلاة ضربان: سهو نقصان وله سجدتان كثر أم قل تؤخران على حاله إلى آخر الصلاة مع النقصان يؤتى بهما قبل السلام وفى الزيادة بعده، فإن اجتمعا - ولا يخلوا أن يكونا من أحد الضربين أو من كليهما - فإن كان من أحدهما مثل أن يزيد فى الصلاة زيادتين أو ينقص منها سجد للكثير مثل سجوده للقليل، وإن كان زيادة ونقصًا، لم يزد على سجدتين لكن يغلب النقصان فيسجد له قبل السلام[2].

وإنما فرقنا بين النقصان والزيادة لتفريق رسول الله ﷺ بينهما، ففى حديث ابن بحينة: «أنه ﷺ قام من اثنتين فقام الناس معه، فما بلغ آخر الصلاة وانتظر تسليمه سجد سجدتين قبل السلام ثم سلم»[3]، وفى حديث أبى هريرة: «أنه ﷺ قام من اثنتين فقال ذو اليدين: أقصرت الصلاة أم نسيت؟ فقال: كل ذلك لم يكن، فقال: «أحقًا ما يقول ذو اليدين؟»، قالوا: نعم، فأتم ما بقى من الصلاة ثم سجد سجدتين وهو جالس بعد التسليم[4].

ومن جهة المعنى: فلأن سجود النقصان جبران للنقص الواقع فى الصلاة وسبيل الجبران للنقص فى العبادة أن يكون فيها لا بعدها، وسجود الزيادة ترغيم للشيطان وشكر لله تعالى على إتمام الصلاة وإكمالها، فلم يكن فيه المعنى المقتضى لوقوعه قبل التسليم، ولأنه لما زاد فى الصلاة ما سها بفعله لم يجز أن [يكون][5] فيها السجود لأنها لا تحتمل زيادتين، وليس كذلك النقصان لأنه لما نقص منها جاز أن يكون السجود فيها جابر للمتروك.

---

(١) سها فى الأمر سهوًا نسيه وغفل عنه وذهب قلبه إلى غيره فهو ساهٍ. القاموس المحيط (٤/٣٤٦).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢٢٩).

(٣) أخرجه البخارى: الأذان (٢/٣٦١) ح (٨٢٩)، ومسلم: المساجد (١/٣٩٩) ح (٨٥/ ٥٧٠).

(٤) أخرجه البخارى: السهو (٣/١١٩) ح (١٢٢٩)، ومسلم: المساجد (١/٤٠٤) ح (٩٩/٥٧٣).

(٥) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع الأصول: ولعل الصواب ما أثبتناه لمقتضى السياق.

فصل

وإنما قلنا: أنه لا يسجدهما عقيب السهو، بل يؤخرها إلى آخر الصلاة لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل(١)، ولأنهما لجميع السهو فأخر إلى آخر الصلاة لجواز أن يتبع السهو سهو آخر فيكون السجود لجميعه، وإنما قلنا: إنه لا يزيد على سجدتين، وإن كثر السهو لقوله ﷺ : «لكل سهو سجدتان»(٢)، واتفق على أن المراد بذلك جنس السهو، ولأن الأصل في السجود الذي يفعل بسبب السهو اقتضى أن يكون عقيب سببه كسجود التلاوة إلا أنه جعل سجود السهو مؤخراً إلى آخر الصلاة لهذا المعنى وهو أنه لجميع جنسه، إذ قد يمكن أن يسهو ثانيًا ألا ترى أن سجود التلاوة لما كان لكل سجدة تقرأ سجود يخصها أتى به عقيب سببه.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا اجتمع زيادة ونقصان سجد لهما قبل السلام(٣)، فلأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال، إما ألا يسجد أصلاً وذلك غير جائز بالاتفاق، أو أن يسجد أربع سجدات، وذلك غير جائز لأنه خلاف للأصول، أو أن يغلب أحدها فكان النقصان أولى بالتغليب لأنه جبران وسجود الزيادة شكر وإرغام للشيطان، ولا يجوز أن يؤتى بسجود الشكر على [ترك صلاة](٤) ناقصة ولا أن يرغم الشيطان بترك الصلاة ناقصة غير مكتملة، فلذلك وجب تغليب النقصان.

فصل

ويكبر في سجدتي السهو حال ابتدائهما والقيام منهما، لأن رسول الله ﷺ فعل ذلك(٥)، ولأن الشروع في كل السجود بتكبير، فكذلك الرفع منه اعتباراً بسجود الصلاة وسجود التلاوة.

---

(١) تقدم في الأحاديث السابقة.

(٢) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٧١) ح (١٠٣٨)، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣٨٥) ح (١٢١٩) وأحمد: المسند (٥/ ٣٣١) ح (٢٢٤٧٩)، انظر نصب الراية (٢/ ١٦٧).

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٣٠).

(٤) ما بين المعكوفين مطموس في جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٥) أخرجه البخاري: الصلاة (١/ ٦٧٤) ح (٤٨٢)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٠٣) ح (٥٧٣/٩٧).

فصل

«فإذا كانت بعد التسليم تشهد لهما»[1]، لأن رسول الله ﷺ فعل ذلك ولأن من سبيل السلام أن يكون عقيب تشهد، ألا ترى أن سلام التحليل لا يكون إلا عقيب تشهد أو لا ترى أنه إذا فرغ من تشهده ثم قام ونسى السلام، فإنه يرجع إذا كان قريبًا فيعيد التشهد ثم يسلم، ولا يكتفى بالتشهد الأول لتراخيه عن السلام.

فصل

وأما السجدتان قبل السلام ففيهما روايتان: إحداهما: أنه يتشهد لهما، والأخرى: أنه لا يتشهد لهما[2]، فوجه قوله: إنه يتشهد لهما ما روى عمران بن حصين: «أن النبى ﷺ سها فسجد سجدتين ثم تشهد وسلم»[3]، ولأنه سجود عن سهو فأشبه الذى بعد السلام، ولأن السلام يقتضى أن يكون عقيب تشهد اعتباراً بالصلاة التى لا سهو فيها، والتشهد الذى أتى به قد تخلل بينه وبين السلام سجود السهو فيجب أن يستأنف غيره ليقع السلام عقيبه، ووجه كونه لا يتشهد له أنه يكتفى فى ذلك بالتشهد الأول لأنه لم يفصل بينه وبين السجود بسلام، ولأن الركعة الواحدة لا يتشهد فيها تشهدين.

فصل

ويسلم من اللتين بعد السلام، «لأن النبى ﷺ سلم منهما»[4]، فأما اللتان قبل السلام فإن السلام من الصلاة يغنى عن تجديد سلام لهما.

فصل

وفى كيفية التسليم منها روايتان: إحداهما: أنه يجهر به كالتسليم من الصلاة ووجهها أن يسلم عقب تشهد، فأشبه التسليم من الصلاة، والأخرى: أنه يخفيه اعتباراً بصلاة الجنائز، ولأنها صلاة لا ركوع فيها.

(١) انظر المدونة الكبرى (١/١٢٨).

(٢) المدونة الكبرى (١/١٢٨).

(٣) عند مسلم عن عمران بن الحصين بلفظ «... ثم سجد سجدتين. ثم سلم»، أخرجه مسلم: المساجد (١/٤٠٤) ح (١٠١/٥٧٤).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

إذا ترك السجود بعد السلام ناسيًا سجد متى ذكر ولم يعد الصلاة لتركه، والذى قبل السلام يأتى به ما دام عن قرب وفى مجلسه ، فإن تباعدا وانتقض وضوءه أعاد[1]. والفرق بينهما أن الذى بعد السلام ليس من الصلاة، وما يفعل بعد العبادة لا تفسد بتركه، والذى قبل السلام هو فى نفس العبادة قبل التحلل منها فجاز أن يبطل بتركه، ولأن سجود الزيادة شكر لله وترغيم للشيطان على تمام الصلاة فهو يتضمن صحتها وانتفاء الفساد عنها، وسجود النقصان جبران للنقص الواقع فيها، فجاز أن يفسد بتركه.

فصل

وقد اختلف عنه هل تعاد الصلاة عمن ترك جميع السجود للنقصان أو بعضه، فعنه فى ذلك روايتان[2]: إحداهما: أن ذلك حكم جميع السهو، والأخرى: أنها تعاد من ترك السجود لنقص الأفعال دون الأقوال، فوجه الأولى: هو أنه جبران للنقص الواقع فى الصلاة فأشبه [النقص][3] عن الأفعال، ووجه الثانية: هو أن حكم الأفعال آكد من حكم الأقوال بدلالة أن الإمام يحمل على المأموم من أركان الأقوال وهو القراءة، ولا يحمل عنه شيئًا من أركان الأفعال.

فصل

المتروك من الصلاة أربعة أنواع: فرض، وسنة، وفضيلة، وهيئة: فالمفروض لا يجزيه سجود السهو ولا يجزى عن تركه إلا الإتيان به، وذلك كتكبيرة الإحرام والقراءة بأم القرآن والركوع والسجود وغيرها من فرائض الصلاة، والهيئات كرفع اليدين وصفة الجلوس وما أشبهه، وكذلك الفضائل الداخلة على الصلاة، وليست من أصل بنيتها كالقنوت وسجود التلاوة، لا يسجد للسهو منها، والمسنون مثل سورة مع أم القرآن فى الركعتين الأوليين والإسرار والجهر فى مواضعها والتكبيرات غير الافتتاح وما أشبه ذلك[4] [من السنن][5] هو الذى يسجد له.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٣٢).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٢٩).

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٢٧).

(٥) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

فصل

إذا لم يدر كم صلى، له حالتان: حال يستنكحه الشكوك ويغلب عليه ولا يصح له معها يقين، فهذا ضرب من ضروب الوسواس فينبغي أن يلهى عنه ولا يلتفت إليه، ويستحب له أن يسجد بعد السلام لأنه إلى الزيادة أقرب، وحال يقل شكه أو يكثر إلى حد يمكن معه معرفة اليقين ولا ينتهي إلى أن يحصل يقين، فهذا إذا شك بنى على يقينه وسجد بعد السلام ولا يرجع إلى غالب الظن ولا تخمين[1]، خلافًا لأبى حنيفة[2]، لقوله ﷺ: «إذا شك أحدكم فى صلاته فليلغ الشك وليبن على اليقين، فإذا استيقن التمام سجد سجدتين»[3]، ولأن أمر الصلاة مبنى على الاحتياط، والاحتياط هو البناء على اليقين دون غالب الظن والتخمين.

فصل

إذا نسى تكبيرة الإحرام فى صلاته أعاد سواء أكان إمامًا أو مأمومًا أو منفردًا[4] فإن ذكر وهو فى الصلاة: فإن كان لم يكبر للركوع ابتدأ الصلاة، وإن كان إمامًا [أخبر][5] من خلفه بالذى لأجله فعل ذلك لئلا يخلط عليهم فإن كبر للركوع فإن كان إمامًا أو منفردًا فحاله فى ذلك كحاله قبل أن يكبر للركوع، وإن كان مأمومًا نظر: فإن أمكنه أن يرفع رأسه فيكبر للإحرام ويلحق الركعة مع الإمام فعل، وإن غلب على ظنه أنه إن فعل ذلك فاتته الركعة استحببنا له أن يمضى مع الإمام ثم يعيد الصلاة، وإن اختار أن يقطع ويبتدئ فذلك له. ووجه استحبابنا له ذلك أن من أهل العلم من يذهب إلى أن تكبيرة الركوع تنوب عن تكبيرة الإحرام فلم نأمره بالخروج من صلاة يختلف أهل العلم فى انعقادها، وكان ذلك مخالفًا لحاله قبل أن يكبر للركوع، ولأن أحد لا يقول: أن الصلاة منعقدة به بغير تكبيرة، وهذا للمأموم لأنه قد عقد صلاته بصلاة إمامه، فأما إن كان إمامًا أو منفردًا فلا يوجد هذا المعنى فيهما.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٣٣).

(٢) انظر الهداية للمرغيناني (١/ ٨٢)، الاختيار (١/ ٩٧).

(٣) أخرجه مسلم: المساجد (١/ ٤٠٠) ح (٨٨/ ٥٧١)، وأبو داود: الصلاة (١/ ٢٦٨) ح (١٠٢٤)، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣٨٢) ح (١٢١٠).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٢٧).

(٥) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

فصل

إذا سها المأموم لم يسجد وحمله الإمام عنه[١]، لقوله ﷺ: «الإمام ضامن»[٢]، والضامن يقتضى مضمونًا وذلك هو القراءة وسجود السهو، ولأنه لما ألزمه أن يسجد فى سهو الإمام، وإن لم يكن منه سهو جاز أن لا يسجد فى سهو بأن يتحمله عنه الإمام.

فصل

إذا فاته بعض الصلاة مع الإمام، وكان الإمام قد سها فينظر: فإن كان سجوده قبل السلام سجد معه لوجوب اتباعه، وإن كان بعده انتظر إلى أن يفرغ من قضاء ما عليه ثم يسجد لأن عليه أن يتبع الإمام على حد ما يفعل الإمام، والإمام أتى بهذا السجود بعد فراغه من الصلاة، فكذلك يفعل المأموم[٣].

فصل

الكلام عامدًا لا لإصلاح الصلاة من غير خلاف[٤]، فأما الكلام سهوًا فلا يبطلها خلافًا لأبى حنيفة[٥]، لقوله: «رفع عن أُمتى الخطأ والنسيان»[٦]، ولأنه كلام أتى به سهوًا [أشبه][٧] أن يقول: السلام عليكم.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٣٣).

(٢) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٤٠) ح (٥١٧) والترمذى: الصلاة (١/ ٤٠٢) ح (٢٠٧)، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣١٤) ح (٩٨١)، وأحمد: المسند: (٢/ ٥٥٣) ح (٩٤٣٦)، انظر نصب الراية (٢/ ٥٨ ـ ٥٩).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٣٠).

(٤) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٣٧).

(٥) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٨٢)، الهداية للمرغينانى (١١/ ٦٦).

(٦) عند ابن ماجه عن ابن عباس، عن النبى ﷺ قال: «إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، أخرجه ابن ماجه: الطلاق (١/ ٦٥٩) ح (٢٠٥٥)، فى الزوائد: إسناده صحيح إن سلم من الانقطاع. وذكره الحافظ ابن حجر بلفظ المصنف وقال: قال النووى فى الطلاق من الروضة فى تعليق الطلاق: حديث حسن، وكذا قال فى آواخر الأربعين له، انظر تلخيص الحبير (١/ ٣٠١) ح (٢٢).

(٧) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

فصل

وإذا لم ينتبه إمامه إلا بالكلام فتكلم لم تبطل صلاته، خلافًا للشافعي[١] وأبي حنيفة[٢]، لقوله: «أحقًا ما يقول ذو اليدين»[٣]، وكذلك كلام ذي اليدين، ولأن الحاجة داعية إليه لمصلحة الصلاة فأشبه قوله: سبحان الله.

(١) قال الإمام النووي: (أن يتكلم لمصلحة الصلاة بأن يقوم الإمام إلى خامسة فيقول قد صليت أربعًا أو نحو ذلك فمذهبنا ومذهب جمهور العلماء أن تبطل الصلاة وقال الأوزاعي لا تبطل وهي رواية عن مالك وأحمد)، انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٨٥)، روضة الطالبين (١/ ٢٩١).

(٢) انظر الهداية للمرغيناني (١/ ٦٧)، الاختيار (١/ ٨٠).

(٣) تقدم تخريجه.

باب

والقنوت[١] فضيلة[٢] فى صلاة الصبح، خلافًا لأبى حنيفة[٣]، «لأن رسول الله ﷺ كان يقنت فى صلاة الفجر»[٤]، وقال أنس: ما زال رسول الله ﷺ يقنت فيها حتى فارق الدنيا[٥]، ولأن أكابر الصحابة فعلوه بعده مثل: أبى بكر[٦]، وعمر[٧]، وعلى[٨]، وأبى موسى، وابن عباس[٩]، والبراء بن عازب[١٠]، وغيرهم.

فصل

وموضعه الركعة الثانية، وكذلك فعل رسول الله عليه الصلاة والسلام[١١] وهو مخير إن شاء قبل الركوع، وإن شاء بعده، لأن كل ذلك قد روى عن الصدر الأول[١٢]، وروى عن عمر وعثمان، وعلى[١٣]، وقيل: إنما فعله عمر ليدرك الصلاة من يتأخر مجيئه إليها.

---

(١) القنوت: الطاعة والسكوت والدعاء والقيام فى الصلاة والإمساك عن الكلام وأقنت دعا على عدوه وأطال القيام فى صلاته، القاموس المحيط (١/ ١٥٥).

(٢) الفضيلة: الدرجة الرفيعة فى الفضل، والفضل ضد النقص. انظر القاموس المحيط (٤/ ٣١).

(٣) قال فى الاختيار: (لا قنوت فى غير الوتر)، انظر الاختيار للموصلى (١/ ٧٣)، الهداية للمرغينانى (١/ ٧١).

(٤) أخرجه البخارى: الوتر (٢/ ٥٦٨) ح (١٠٠١)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٦٨) ح (٣٠٠/ ٦٧٧).

(٥) أخرجه أحمد: المسند (٣/ ١٩٩) ح (١٢٦٦٣)، والدارقطنى: سننه (٢/ ٣٩) ح (٩) والبيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٨٧) ح (٣١٠٥)، انظر نصب الراية (٢/ ١٣١ ـ ١٣٢).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٨٧) ح (٣١٠٦).

(٧) أخرجه أحمد: المسند (٣/ ٢٠٤) ح (١٢٧٠٤) والبيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٨٨) ح (٣١٠٩).

(٨) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٩٠) ح (٣١١٥).

(٩) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٩١) ح (٣١١٨).

(١٠) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/ ٢٩٢) ح (٣١٢٠).

(١١) أخرجه البخارى: التفسير (٨/ ٧٣ ـ ٧٤) ح (٤٥٥٩ ـ ٤٥٦٠)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٦٦) ح (٢٩٤ ـ ٦٧٥).

(١٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٠٠).

(١٣) تقدم تخريجه.

فصل

ومن دخل المسجد ركع قبل أن يجلس[١] لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا دخل أحدكم المسجد فليركع ركعتين قبل أن يجلس»[٢].

فصل

لا تصلى نافلة بعد العصر حتى تغرب الشمس ولا بعد الفجر حتى تطلع، لقوله عليه السلام: «لا تحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها»[٣]، ولأنه «نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وبعد الفجر حتى تطلع»[٤]، وقيل: إنها تطلع وتغرب بين قرني الشيطان.

فصل

لا خلاف في منع ذلك فيما لا سبب له، فأما فيما له سبب مثل أن يدخل المسجد فيريد تحيته أو ما أشبه ذلك فسبيله في المنع عندنا سبيل ما لا سبب له، واختلف في صلاة الكسوف وسجود القرآن، وقال الشافعي: كل نافلة لها سبب مثل تحية المسجد وقضاء فائته جائز فعلها في الأوقات المنهي عنها[٥]، ودليلنا قوله: «لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس»[٦] فعم، ولأنها صلاة نفل فأشبهت ما لا سبب له.

فصل

وتقضى الفوائت من الفرائض في الأوقات المنهي عنها، خلافًا لأبي حنيفة[٧]،

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٦٠).

(٢) أخرجه البخاري: الصلاة (١/ ٦٤٠) ح (٤٤٤)، ومسلم: المسافرين (١/ ٤٩٥) ح (٦٩/ ٧١٤).

(٣) أخرجه البخاري: المواقيت (٢/ ٦٩) ح (٥٨٢) ومسلم: المسافرين (١/ ٥٦٧) ح (٢٩٠/ ٨٢٨).

(٤) أخرجه البخاري: المواقيت (٢/ ٧٠) ح (٥٨٤) ومسلم: المسافرين (١/ ٥٦٦) ح (٢٨٥/ ٨٢٥).

(٥) الأم للإمام الشافعي (١/ ١٣١)، مجموع شرح المهذب (٤/ ١٦٨).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ليس مذهب الأحناف في المنع على الإطلاق فقد قال صاحب بداية المبتدئ: ولا بأس أن يصلي في هذين الوقتين الفوائت انظر الهداية شرح بداية المتبدئ (١/ ٤٤)، ويعني بالوقتين على ما تقدم في كلامه وهما: التنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب.

لقوله: «من نسى صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»[١] ، ولأنها صلاة فرض فأشبهت عصر يومه أو فجره.

فصل

إذا صلى ركعتى الفجر فى بيته ثم دخل المسجد فقيل: يركع تحية المسجد، وقيل: يجلس ولا يركع، فوجه الأول: قوله: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين»[٢]، ولأنه داخل المسجد [لأجل][٣] صلاة الفجر وأشبه إذا لم [يصل][٤]، ووجه الثانى: فى قوله ﷺ: «إذا طلع الفجر فلا صلاة إلا ركعتى الفجر»[٥].

فصل

الوتر[٦] سنة مؤكدة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها واجبة وليست بفرض ولا سنة[٧]، لقوله ﷺ للأعرابى لما سأله عن الإسلام: «خمس صلوات فى اليوم والليلة»[٨]، ولو كانت الوتر واجبة لكان يقول ستًا، وقال: هل علىَّ غيرهن، قال: «إلا أن تتطوع»[٩]، وذلك ينفى وجوب ما عدا الخميس، وقوله: «أمرت بالوتر وهو لكم سنة»[١٠]، ولأنه

(١) أخرجه البخارى: المواقيت (٢/ ٨٤) ح (٥٩٧)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٧٧) ح (٣١٤/ ٦٨٤).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ ولعل ما أثبتناه موافق للسياق.
(٤) مطموس فى جميع النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٥) أخرجه البخارى: الدعوات (١١/ ١١٢) ح (٦٣١٠)، ومسلم: المسافرين (١/ ٥٠١) ح (٩٣/ ٧٢٤)، عن عائشة رضى الله عنها بلفظ «كان رسول الله ﷺ إذا طلع الفجر، صلى ركعتين (خفيفتين)».
(٦) الوتر هو الفرد أو ما لم يتشفع من العدد، القاموس المحيط (٢/ ١٥٢).
(٧) قال الموصلى: (الوتر واجب وقضيته الفرضية إلا أنه ليس مقطوعًا به فقلنا بالوجوب وقال أبو يوسف ومحمد هى سنه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ثلاث كتبت علىَّ ولم تكتب عليكم» وفى رواية: «وهى لكم سنة: الوتر والضحى والأضحى»، انظر الاختيار (١/ ٧١ ـ ٧٢)، الهداية للمرغينانى (١/ ٧٠).
(٨) أخرجه البخارى: الإيمان (١/ ١٣٠) ح (٤٦)، ومسلم: الإيمان (١/ ٤٠) ح (٨/ ١١).
(٩) تقدم تخريجه.
(١٠) فى مسند الإمام أحمد عن ابن عباس رضى الله عنهما بلفظ «ثلاث هن على فرائض، وهن لكم تطوع، الوتر..» أخرجه أحمد: المسند (١/ ٣٠٤) ح (٢٠٥٥)، والدارقطنى: سننه (٢/ ٢١) ح (١)، والحاكم فى المستدرك (١/ ٣٠٠) انظر نصب الراية (٢/ ١١٥).

ﷺ صلاها على الراحلة»[1]، ولو كانت واجبة لم يفعل ذلك، ولأنها صلاة ليست من سنتها الأذان بوجه فلم تكن واجبة على الأعيان ابتداء، أصله: سائر النوافل، ولأن كل صلاة لم تكن فرضًا لم تكن واجبة بأصل الشرع كركعتى الفجر.

فصل

صفة الوتر: أن يأتى بركعة قبلها شفع منفصل منها، وليس لما قبلها من الفعل حد، وأقله ركعتان، ولا يوتر بركعة منفردة عن شفع قبلها، وإنما قلنا: إنه ركعة منفصلة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: «ثلاث ركعات[2]، لقوله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا خشى أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى»[3]، فنص على أن الوتر ركعة وروت عائشة رضى الله عنها: «أنه ﷺ كان يصلى بالليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة»[4]، ومتى قلنا: إنه يوتر بثلاث ركعات لا يفصل بينهما بواحدة، ولا نفل قبلها لم يكن ذلك وترًا، وهذا هو الدليل على الشافعى فى أن له يوتر بركعة لا نفل قبلها[5]، ويدل عليه قوله: «فإذا خفت الصبح فواحدة توتر لك ما قد صليت» فجعل من شرط استحقاقها اسم الوتر تقدم صلاة قبلها تكون وترًا لها.

فصل

المستحب فى قراءة الشفع: ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ [الأعلى:١] فى الأولى، و ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون:١] فى الثانية، وفى الوتر الإخلاص والمعوذتان[6]، لما روت

---

(١) أخرجه البخارى: الوتر (٢/٥٦٦) ح (٩٩٩)، ومسلم: المسافرين (١/٤٨٧) ح (٣٦/ ٧٠٠).

(٢) قال المرغينانى: (الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام، وحكى الحسن رحمه الله إجماع المسلمين على الثلاثة)، الهداية (١/٧١)، الاختيار للموصلى (١/ ٧٢).

(٣) قال الشافعى: (الحجة فى ذلك السنة والآثار). الأم للشافعى (١/١٢٣)، روضة الطالبين (١/٣٢٨).

(٤) أخرجه البخارى: الوتر (٢/ ٥٥٤) ح (٩٩٠)، ومسلم: المسافرين (١/٥١٦) ح (١٤٥/٧٤٩).

(٥) أخرجه البخارى: التهجد (٣/٢٦) ح (١١٤٠) بلفظ «كان النبى ﷺ يصلى من الليل ثلاث عشرة ركعة، منها الوتر وركعتا الفجر»، وأيضًا أخرجه فى الوتر (٢/ ٥٥٥)، ح (٩٩٤) بلفظ «كان يصلى إحدى عشرة ركعة كانت تلك صلاته - تعنى بالليل -»، ومسلم: المسافرين (١/٥٠٨) ح (١٢١/٧٣٦).

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢٥٩).

عائشة رضى الله عنها أن النبى عليه السلام: «كان يقرأ بذلك فيها»[(١)].

فصل

القراءة فى الوتر جهراً، لأنه ﷺ كان يجهر فيه بالقراءة[(٢)]، ولأنه لو لم يكن يجهر لما تعلموا ما كان يقرأ به، لأن إخبارهم بذلك كان عن سماع ومشاهدة.

فصل

دعاء القنوت غير مسنون فى الوتر إلا فى النصف الآخر من رمضان، ففيه روايتان[(٣)]، وإنما قلنا: أنه ليس بمسنون لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جمع الناس على أبى، فصلى بهم عشرين ليلة ولم يقنت فى النصف الأول، وتخلف فى منزله العشرة الأخيرة، فقدموا مكانه معاذاً، فصلى بهم بقية الشهر[(٤)]، فدل ذلك على أن ترك القنوت فى النصف الأول إجماع، وإلا كانوا ينكرون على أبى تركه، ووجه قوله: إنه مسنون فى النصف الآخر: ما رويناه من حديث معاذ، ووجه قوله: إنه ليس بمسنون اعتباره بالنصف الأول، ولأن زمان رمضان لا يؤثر فى زيادة الأدعية المسنونة فى الصلاة.

فصل

من طلع الفجر عليه ولم يوتر فليوتر ما لم يصلِّ الفجر، فإن صلاها فلا يوتر[(٥)]، لأنه ما لم يصلِّ الفجر يكون [ ][(٦)] متصلاً بما هو وتر له، فإذا صلى الفجر فقد حال بينه وبين صلاة من غير جنسه ففات وقته.

---

(١) أخرجه أبو داود: الصلاة (٢/ ٦٤) ح (١٤٢٤)، والترمذى: الصلاة (٢/ ٣٢٦) ح (٤٦٣) وقال: حسن غريب، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣٧١) ح (١١٧٣).

(٢) تقدم تخريجه. انظر الحديث المتقدم.

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٩٥).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (٢/ ٦٦) ح (١٤٢٩)، بنحوه ولم يذكر معاذاً فى الحديث، انظر نصب الراية (٢/ ١٢٦).

(٥) انظر المدونة (١/ ١١٩).

(٦) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ.

فصل

لا خلاف في فضيلة ركعتي الفجر(١)، لقوله ﷺ: «ركعتي الفجر خير من الدنيا وما فيها»(٢)، وندبه ﷺ إليها ومداومته عليها [ ](٣) فيهما.

فصل

اختلف أصحابنا هل هما سنة أم لا؟ فقال أصبغ وابن عبد الحكم: ليستا بسنة فهما من الرغائب(٤)، وقال أشهب: أنها سنة، فوجه الأول: أن السنة ما صلاه النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ في جماعة وما قصر عن ذلك ولم يداوم عليه فهو من الرغائب وركعتي الفجر لم يصلهما في جماعة، ألا ترى أنه لما صلى العيدين كانت من السنة، ووجه قول أشهب(٥): إن السنة عبارة عما تأكد من النوافل وترتب وتقدر، وألا يكن موكولاً إلى اختيار المصلي، وهذه صفة ركعتي الفجر لأنها مقدرة من النوافل بركعتين لا زيادة عليهما ومرتبة قبل الفرض، فإن أخرهما عنه لم يكونا ركعتي الفجر، وسائر النوافل بخلاف ذلك.

فصل

إذا دخل المسجد ولم يركع ركعتي الفجر فأقيمت الصلاة، فإنه يخرج من المسجد فيصليهما ثم يعود فيصلي معهم إن طمع أن يدرك الصلاة(٦)، وإنما قلنا: إنه لا يصليهما في المسجد لقوله: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة»(٧)، ولأن في ذلك خلافًا

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/١١٨).

(٢) أخرجه مسلم: المسافرين (١/٥٠١) ح (٩٦/٧٢٥)، والترمذي: الصلاة (٢/٢٧٥) ح (٤١٦)، والنسائي: قيام الليل (٣/٢٠٩) (باب المحافظة على الركعتين قبل الفجر).

(٣) مطموس في جميع النسخ ولعل الصواب (وترغيبه).

(٤) انظر الكافي لابن عبد البر (١/٢٥٥).

(٥) ثبت في المخطوط (ووجه قول أصبغ)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٦) انظر المدونة الكبرى (١/١١٨).

(٧) أخرجه مسلم: المسافرين (١/٤٩٣) ح (٦٤/٧١٠)، وأبو داود: الصلاة (٢/٢٢) ح (١٢٦٦)، والترمذي: الصلاة (٢/٢٨٢) ح (٤٢١)، والنسائي: الإمامة (٢/٩٠) (باب: ما يكره من الصلاة عند الإقامة)، وابن ماجة: الإقامة (١/٣٦٤) ح (١١٥١) والدارمي: الصلاة (١/٤٠٠) ح (١٤٤٨)، وأحمد: المسند (٢/٥٩٩) ح (٩٨٨٦).

على الإمام، وإنما قلنا: إنه يخرج فيصليهما لتأكدهما، ولأنه يمكن أن يجمع بين السنة والفرض.

فصل

إذا [دخل][1] الصبح ولم يوتر فإنه يوتر ثم يصلى ركعتى الفجر، فإن ضاق الوقت عن الجمع بينهما صلى الوتر ثم صلى الفجر وترك الركعتين، لأن الوتر أقوى منهما وآكد، فإذا تزاحما قدم الآكد على الأضعف[2].

فصل

الأفضل تأخير الوتر لفضيلة قيام الليل وكثرة الصلاة إلا لمن يكون الغالب عليه ألا ينتبه، فالأفضل له أن يوتر ثم ينام[3]، [ ][4] قبل الوتر تغرير بالوتر، وفى الحديث أنه ﷺ سأل أبا بكر فقال: كيف توتر؟ فقال: أصلى ثم أوتر قبل أن أنام، وسأل عمر، فقال: متى توتر؟ فقال: قبل أن أنام أصلى ثم أنام ثم أقوم فأصلى وأوتر، فقال لأبى بكر: أخذت بالحزم، وقال لعمر: أخذت بالقوة[5].

فصل

ويجوز التنفل على الراحلة فى مسافة سفر القصر حيث ما توجهت به[6]، لأنه ﷺ كان يفعله، وكان يوتر على البعير، فجاز ذلك إلى القبلة وغيرها للضرورة والحاجة إلى التنفل، ولا يقدر على استقبال القبلة مع السير على الدابة، ولا يباح ذلك فيما قصر عن سفر القصر، خلافًا للشافعى، لأنه معنى تعلق [بالسفر][7]، فلم يكن لما دون سفر القصر تأثير فيه اعتبارًا بالقصر والفطر.

---

(١) مطموس فى جميع النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١١٩).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٥٥).

(٤) ما بين المعكوفين مطموس دليله قوله: (لأن تقديم النوم).

(٥) أخرجه أبو داود: الصلاة (٢/ ٦٧) ح (١٤٣٤)، والبيهقى فى الكبرى (٣/ ٥٢) ح (٤٨٤١).

(٦) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٢٠).

(٧) ما بين المعكوفين مطموس ولعل الصواب ما أثبتناه.

باب

ويقدم فى الإمامة[1] كل من كان أفضل، لأنه ﷺ [نص على][2] ذلك، فقال: «أئمتكم شفعاؤكم»[3]، وقال: «يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله وأقدمهم قراءة، فإن كانوا فى القراءة سواء فأقدمهم هجرة، فإن كانوا فى الهجرة سواء فأكبرهم سنًا»[4].

فصل

والفقيه أولى من القارئ، وهذا إذا كان كل واحد منهما يصلح أن يكون إمامًا، وذلك لأن الفقيه أعرف بحكم ما ينوبه من الحوادث فى الصلاة والحاجة إلى ذلك آكد وأمس منها إلى معرفة القراءة، فذلك كان أولى[5].

فصل

لا تكون المرأة إمامًا فى فرض ولا نافلة لا لرجل ولا لنساء[6]، لقوله ﷺ: «أخروهن حيث أخرهن الله»[7]، وقوله: «إنكن ناقصات عقل ودين»[8]، ولأن كل من لم يصح أن

---

(١) الإمامة : «اتباع مصلٍ فى جزء من صلاته غير تابع غيره»، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/١٢٦).

(٢) ما بين المعكوفين مطموس ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) أخرجه الدارقطنى: سننه (٢/ ٨٧ ـ ٨٨) ح (١٠) والبيهقى فى الكبرى (٣/ ١٢٩) ح (٥١٣٣)، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «اجعلوا أئمتكم خياركم، فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم»، وقال البيهقى: إسناده ضعيف، انظر نصب الراية (٢/ ٢٦).

(٤) أخرجه مسلم: المساجد (١/ ٤٦٥) ح (٢٩١/ ٦٧٣)، وأبو داود: الصلاة (١/ ١٥٦) ح (٥٨٢)، والترمذى: الصلاة (١/ ٤٥٨) ح (٢٣٥).

(٥) المدونة الكبرى (١/ ٨٤).

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢١٠).

(٧) ذكره الحافظ الزيلعى وقال: حديث غريب مرفوعًا، وهو فى «مصنف عبد الرزاق» موقوف عن ابن مسعود رضى الله عنه انظر نصب الراية (٢/ ٣٦).

(٨) أصله عند البخارى ومسلم من حديث أبى سعيد الخدرى بلفظ «... ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن يا معشر النساء»، أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٣٨١) ح (١٤٦٢)، ومسلم: الإيمان (١/ ٨٧) (باب: بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات).

يكون حاكمًا لنقصه لم يكن إمامًا فى الصلاة كـالمجنون، ولأنها ناقصة بالأنوثية فلم تجز إمامتها بالنساء، كما لم تجز بالرجال.

فصل

والأُمى[1] لا يجوز أن يكـون إمامًا للقارئ، لقـوله ﷺ: يؤم الناس أقرؤهـم لكتاب الله[2]، وهذا يمتنع فى الأمى، ولأن القراءة ركن من أركـان الصلاة وتسقط عن المأموم بتحمل الإمام إياها عنه، فلو قلنا: إن الأمى يصح أن يكون إمامًا للقارئ لأدى ذلك إلى أحد أمـرين ممنوعين: إما أن نقـول: إن القراءة قد سـقطت عنه فيـجب من هذا جواز صلاته بغـير قراءة مع قـدرته عليها وذلك باطل، أو أن نقـول: إنها تلزمه فـيجىء منه نقص أصل آخر وهو أن الائتـمام لا يسقط القراءة، وإذا كان كـذلك وجب منع ما أدى إليه، ولأن الأُمى إذا وجـد قارئًا منع أن يصلى منفردًا، فكـان بالمنع من أن يكون إمامًا أولى[3].

فصل

اختلاف نية الإمام والمأموم تؤثر فى منع الائتمام به،فإن كان الإمام متنفلاً لم يجز أن يصلى خلفه مفترض، ويجوز أن يأتم المـتنفل بالمفترض، وإذا كان [فى صلاة فرض][4]، والفرضـان مختلفـان لم يجز أن يأتم به، وقال الـشافعى فى كل ذلك: إن الائتـمام به جائز[5]، ودليلنا قوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليـؤتم به فلا تختلفوا عليه»[6] فعم، ولأن الائتمـام يوجب للمصلى أحكامًا لم تـكن له فى الانفراد من سقـوط القراءة وسـجود

(١) الأمى: منسوب إلى الأم إذ النساء فى الغالب من أحوالـهن لا يكتبن ولا يقرأن مكتوبًا فلما كان الابن بصفتهـا نسب إليها كأنه مثلها وقـيل: بل المراد بالأمى أنه الباقى على أصل ولادة أمه، لم يقرأ ولم يكتب. اهـ.

وحقيـقه الأمى الذى يقصده المصنف فى هذا البـاب من لا يحسن قراءة الفاتحـة ولو كان يحسن الكتابة وغيرها.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ٣٢٨).

(٤) مطموس فى جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٥) انظر الأم للشافعى (١/ ١٥٣ ـ ١٥٤)، انظر روضة الطالبين (١/ ٣٦٦).

(٦) تقدم تخريجه.

السهو ولزومه فى سهو الإمام وغير ذلك، فيجب أن يتفقا فى النية فى تلك الصلاة ليصح تحمل الإمام عنه، ولا يلزم عليه المتنفل خلف المفترض لأن النفل متسامح فيه.

فصل

إذا سمع الإمام خطى إنسان يريد أن يدخل معه فى الصلاة يكره له انتظاره لأن فى ذلك إضراراً بمن خلفه بالإطالة عليهم، ومراعاة من معه أولى من مراعاة من يتوقع أن يدخل معه، ولأن فى ذلك زيادة عمل فى الصلاة لأجل آدمى، ولا يلزم عليه صلاة الخوف لأنها مبنية فى الابتداء على مراعاة الجماعة وانتظارهم.

فصل

مقامات المأمومين مع الإمام سبعة:

أحدها: أن يكون المأموم رجلاً واحد، فهذا يستحب له أن يقف على يمين الإمام[1]، لحديث ابن عباس قال: «بت عند خالتى ميمونة، فقام رسول الله ﷺ ليصلى فتوضأ وقمت عن يساره فأدارنى عن يمينه»[2].

والثانى: أن يكون رجلاً فأكثر، فهذا يستحب أن يكون خلفه[3]، لأن ذلك هو الذى مضى عليه العمل منه ﷺ ومن أصحابه بعده، وحكى عن ابن مسعود فى الاثنين إن صح: يستحب لهما أن يقف أحدهما عن يمين الإمام، والآخر عن شماله والإمام فى الوسط[4]، ودليلنا حديث أنس: «أن أم مليكة دعت رسول الله ﷺ لطعام صنعته فأكل» ثم قال: «قوموا فلأصلى بكم»، فقام وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز خلفنا»[5]، ولأنه جمع فأشبه الثلاث.

والثالث: أن يكون رجل وصبى فينظر ، فإن كان الصبى عاقلاً قد بلغ إلى حيث يؤمن أن يتركه ويمضى ، فهذا حكمه حكم الرجل ، فيقف هو والرجل خلف

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢١١).

(٢) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٢٣) ح (٦٩٧)، ومسلم: المسافرين (١/ ٥٢٥ ـ ٥٢٦) ح (٧٦٣/١٨١).

(٣) انظر الكافى (١/ ٢١١).

(٤) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٢/ ٤٠٩).

(٥) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٥٨٢) ح (٣٨٠)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٥٧) ح (٦٥٨/٢٦٦).

الإمام[١]، والدليل عليه حديث أنس الذى رويناه، وإن كان صغيراً لا يؤمن منه ذهابه وبقاء الرجل خلف الإمام وحده، فإن مقام الرجل عن يمين الإمام كالواحد.

والرابع: أن تكون وحدها، فهذه تقف خلف الإمام[٢]، لقوله: «أخروهن حيث أخرهن الله»[٣]، وقوله: «خير صفوف النساء آخرها وشرها أولها»[٤]، فإن صلت إلى جنبه لم تبطل صلاته ولا صلاتها، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: تبطل صلاة الإمام إلا فى صلاة مختلفة[٥]، وذلك لأنه موقف للمأموم [ ][٦]، فلم تبطل به صلاة الإمام كوقوفه فى وسط الصف واعتباراً بصلاة الجنازة.

والخامس: أن يكون رجلاً وامرأة فيقف الرجل على يمين الإمام والمرأة خلفهما[٧]، وذلك لما روى أنس: «أن النبى عليه السلام أمه وامرأة معهم فجعله عن يمينه، والمرأة من خلف»[٨]، ولأنه رجل واحد وكان مقامه عن يمين الإمام، كما لو لم تكن امرأة.

والسادس: أن يكون رجلان فأكثر وامرأة واحدة أو جماع نساء فيقف الرجال خلف الإمام والنساء خلف صف الرجال[٩]، وذلكم لقوله: «ليلنى منكم ذووا الأحلام والنهى»[١٠]، وقوله: «أخروهن حيث أخرهن الله»[١١]، وفى حديث أنس أنه قال:

---

(١) ذكره فى المدونة، انظر المدونة (١/٨٦).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/٨٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال الموصلى: (وإذا قامت إلى جانب رجل فى صلاة مشتركة فسدت صلاته والقياس ألا تفسد كما لا تفسد صلاتها وجه قولنا أنه ترك فرض المقام لأنه مأمور بتأخيرها وهو المختص بالأمر دونها فتفسد صلاته، وإن قامت فى الصف أفسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها بحذائها). انظر الاختيار للموصلى (١/٧٧)، انظر الهداية للمرغينانى (١/٦١).

(٦) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع الأصول.

(٧) انظر المدونة (١/٨٦).

(٨) أخرجه مسلم: المساجد (١/٤٥٨) ح (٢٦٩/ ٦٦٠).

(٩) انظر المدونة الكبرى (١/٨٦).

(١٠) أخرجه مسلم: الصلاة (١/٣٢٣) ح (١٢٢/٤٣٢) وأبو داود: الصلاة (١/١٧٧) ح (٦٧٤)، والنسائى: الإمامة (٢/٦٨) (باب من يلى الإمام ثم الذى يليه)، وابن ماجه: الإقامة (١/٣١٢) ح (٩٧٦).

(١١) تقدم تخريجه.

صففت أنا واليتيم وراءه وقامت أم مليكة والعجوز من ورائنا[1]، ولأنه لما وجب أن تقف خلفه مع الرجل الواحد إذا كان إلى جنبه، وكذلك يجب أن تقوم خلف صف الرجال.

والسابع: أن تكون نساء وحدهن فمقامهن خلف الإمام صفًا واحدًا، وفى هذا القدر كفاية فى الشبه على ما [سبق][2].

فصل

ومن لم يجد مدخلاً فى الصف صلى منفردًا خلف الصف، خلافًا لأحمد[3] فى قوله: إن صلاته باطلة، لأن كل من صحت صلاته خلف الصف إذا كان معه غيره صحت صلاته إذا انفرد، أصله: المرأة.

فصل

ولا يجبذ[4] إليه رجلاً[5]، خلافًا للشافعى، لأن ذلك يوقع خللاً فى الصف وذلك ممنوع[6].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) انظر المغنى لابن قدامة (٢/٦٣)، الكافى لابن قدامة (١/ ٣٠٠).

(٤) الجبذ: الجذب وليس مقلوبه بل لغة صحيحة، القاموس المحيط (١/ ٣٥١).

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/١٠٢).

(٦) قال الإمام النووى: (إذا دخل رجل والجماعة فى الصلاة كره أن يقف منفردًا به إن وجد فرجة أو سعة فى الصف دخلها، وله أن يخرق الصف إذا لم يكن فيه فرجة وكانت فى صف قدامه لتقصيرهم بتركها فلو لم يجد فى الصف سعة فوجهان: أحدهما: يقف منفردًا ولا يجذب إلى نفسه أحدًا نص عليه فى «البويطى»، والثانى: وهو قول أكثر الأصحاب يجر إلى نفسه واحدًا ويستحب للمجرور أن يساعده. وإنما يجره بعد إحرامه ولو وقف منفردًا صحت صلاته)، انظر روضة الطالبين (١/ ٣٦٠)، مجموع شرح المهذب (٤/٢٩٧).

باب

صلاة الجماعة فى غير الجمعة مندوب إليها متأكدة الفضيلة[١]، لقوله ﷺ: «صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بخمس وعشرون درجة»[٢]، وقوله: «لقد هممت أن آمر بنار تضرم فأحرق بيوت قوم يتخلفون عن الجماعة»[٣]، وذلك يدل على شدة تأكيدها، وإذا ثبت ذلك فليست بشرط فى صحة الأداء، خلافًا لمن ذهب إلى وجوبها[٤] على الأعيان أو الكفايات، لأنه ﷺ لما فاضل بينهما وبين الانفراد جعل حظها الفضيلة دون الآخر، ولأنها صلاة تفعل جماعة وفرادى فلم تكن الجماعة من شرط صحتها كالنوافل.

فصل

ويستحب للمصلى وحده أن يعيدها فى الجماعة[٥] لقوله ﷺ: «إذا جئت فصلِّ مع الناس وإن كنت قد صليت»[٦]، وليحوز فضيلة الجماعة.

فصل

ولا يعيد المغرب وحدها، خلافًا للمغيرة[٧]، والشافعى[٨]، لأنها وتر فلا تعاد، ولأنه

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢١٨).

(٢) أخرجه البخارى: الأذان (٢/١٥٤) ح (٦٤٦) من حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه ومسلم: المساجد (١/ ٤٥٠) ح (٦٤٩/٢٤٦) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه.

(٣) أخرجه البخارى: الأذان (٢/١٤٨) ح (٦٤٤)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٥١) ح (٦٥١/٢٥١) بنحوه.

(٤) قال ابن قدامة: (الجماعة واجبة للصلوات الخمس روى نحو ذلك عن ابن مسعود وأبى موسى وبه قال عطاء والأوزاعى وأبو ثور)، انظر المغنى والشرح (٢/٢).

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢١٨).

(٦) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٥٤) ح (٥٧٧)، والنسائى: الإمامة (٢/٨٧) (باب: إعادة الصلاة مع الجماعة بعد صلاة الرجل لنفسه)، ومالك فى الموطأ: الجماعة (١/ ١٣٢) ح (٨)، انظر نصب الراية (٢/ ١٥٠).

(٧) وقال أبو حنيفة يعيد الظهر والعشاء فقط وقال النخعى يعيدها كلها إلا الصبح والمغرب)، انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٢٢٥).

(٨) قال الإمام النووى (وعندنا لا يضيف مع المغرب شيئًا)، انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٢٢٥)، روضة الطالبين (١/ ٣٤٣ ـ ٣٤٤).

يكون متنفلاً بثلاث ركعات وذلك خارج عن جنس أعداد النفل.

فصل

ومن صلى فى جماعة لم يعد فى أكثر منها، خلافًا للشافعى[1]، لأنه لا فضل لجماعة على جماعة، وتكره إعادة الجماعة فى المساجد التى لها أئمة مرتبون، لما روى أبو هلال عن الحسن قال: كان أصحاب النبى ﷺ إذا دخلوا المسجد قد صلى فيه صلوا أفرادًا، ولأن ذلك يؤدى إلى تشتيت الكلمة، ووقوع العداوة، ولأن فيه تطرقًا لأهل البدع إلى مخالفة الأئمة وانفرادهم بالصلاة، ويجوز ذلك فى مساجد الصحارى والمواضع التى ليست لها أئمة راتبة للأمن مما ذكرنا.

(١) قال الإمام النووى: (ولو صلى فى جماعة ثم أدرك جماعة أخرى فالأصح عند جماهير الأصحاب: يستحب الإعادة كالمنفرد والثانى لا..)، انظر روضة الطالبين (١/ ٣٤٤)، مجموع شرح المهذب (٤/ ٢٢٣).

باب

الجمع بين الصلاتين جائز في السفر يجمع بينهما في وقت أيهما شاء إذا جد به السير، والاستحباب في آخر وقت الأولى وأول وقت الثانية، هذا في الظهر والعصر والمغرب والعشاء[1]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز الجمع إلا بعرفة والمزدلفة[2]، دليلنا حديث معاذ: «أن رسول الله ﷺ جمع في غزوة تبوك بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء»[3]، وحديث ابن عمر: «كان رسول الله ﷺ إذا عجل به أمر جمع بين هاتين الصلاتين»[4]، واعتباراً بسفر الحج.

فصل

ويجوز ذلك في طويل السفر وقصيره، خلافًا للشافعي[5]، حين يقول: لا يجوز في السفر القصير لأنه سفر مباح فأشبه ما تقصر في مثله الصلاة لأن كل رخصة تعلقت بالصلاة جازت في الحضر لعذر، جازت في قصر السفر وطويله كسائر الرخص.

فصل

ويجوز الجمع في الحضر لعذر المطر، خلافًا لأبي حنيفة[6]، لحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء لغير خوف ولا سفر[7]، قال

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١١١).

(٢) انظر الاختيار للموصلي (١/ ٥٥).

(٣) أخرجه مسلم: المسافرين (١/ ٤٩٠) ح (٥٣/ ٧٠٦) ، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣٤٠) ح (١٠٧٠).

(٤) أخرجه البخاري: التقصير (٢/ ٦٦٦) ح (١٠٩١) ومسلم: المسافرين (١/ ٤٨٨) ح (٤٢/ ٧٠٣).

(٥) قال الإمام النووي: (والسبب المجوز للقصر: السفر الطويل المباح فأما السفر القصير فلابد من ربط القصد بمقصد معلوم فلا رخصة لهائم لا يدري أين يتوجه وإن طال سفره. ولنا وجه: أن الهائم إذا بلغ مسافة القصر له القصر وهو شاذ منكر»، روضة الطالبين (١/ ٣٨٠)، مجموع شرح المهذب (٤/ ٣٢٢ ـ ٣٢٣).

(٦) انظر الاختيار للموصلي (١/ ٥٥).

(٧) أخرجه مسلم: المسافرين (١/ ٤٨٩) ح (٤٩/ ٧٠٥)، وأبو داود: الصلاة (٢/ ٥) ح (١٢١٠)، والترمذي: الصلاة (١/ ٣٥٤) ح (١٨٧).

مالك: أرى ذلك فى المطر[١].

فصل

وذلك فى المغرب والعشاء دون الظهر والعصر خلافًا للشافعى[٢]، لأن الجمع رخصة لتعجيل الناس فى انقلابهم إلى بيوتهم، وهذا فى الليل لأن النهار لابد لهم من الانتشار والتشاغل بمعايشهم والأمور التى لا يقطعهم المطـر عنها، فلم يكن للجمع فائدة فيما له أريد، والخبر محمـول على أنه أخَّر الظهر إلى آخر وقتها وقدم العـصر فى أول وقتها، لأن آخر وقت الظهر هو عندنا أول وقت العصر بغير فصل على ما ذكرناه[٣].

فصل

والجمع جائز مع انقطاع المطر وبقاء الطين والظلمة، خلافًا للشافعى[٤] ، لأن المشقة التى لأجلها جمع بينهما حال المطر باقية مع انقطاعه وبقاء الوحل فجاز الجمع.

(١) قال الإمام مالك: (أرى ذلك كان فى المطر)، الموطأ (١/ ١٤٤).
(٢) انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٣٨٠)، روضة الطالبين (١/ ٢٣٢٣).
(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ١١٠).
(٤) انظر روضة الطالبين (١/ ٤٠٠)، انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٣٧٨).

باب

ولا يقضي مغمى عليه ما فاته من الصلاة حال إغمائه، وقال أبو حنيفة: يقضي الخمس فما دون[(١)]، ودليلنا قوله: «رفع القلم عن ثلاث...» فذكر: «المغلوب حتى يفيق»[(٢)]، ولأنها صلوات فاتت بالإغماء فلم يلزم قضاؤها كما لو زاد على الخمس، ولأنه عذر يسقط قضاء الصلاة فيما زاد على اليوم والليلة، فكذلك فيما دونها، أصله: الحيض.

فصل

قد ذكرنا في أول الكتاب أوقات التوسعة والاختيار، ونحن نذكر الآن أوقات الضرورة والتضييق: فهي للحائض تطهر، والمغمى عليه يفيق، والصبي يبلغ، والكافر يسلم، والناسي يذكر، والمريض يخاف أن يغلب على عقله، والمسافر يجد به السير، فمن أدرك من هؤلاء وقت جميع الصلاة أو ما يصلي فيه ركعة منها لزمه أن يصليها، ومن أدرك مقدار أقل من ركعة، لم يدركها وكانت فائتة[(٣)]، وشرح هذه الأوقات هو: أن عقيب الزوال بمقدار أربع ركعات للحاضر وركعتين للمسافر يختص الظهر لا يشاركها العصر فيه بوجه، ثم ما بعد ذلك إلى قبل الغروب بخمس ركعات مشترك بين الظهر والعصر ووقت لهما جميعًا، فإذا صار قبل المغيب بأربع ركعات للحاضر وركعتين للمسافر اختصت العصر بالوقت ولا يشاركها الظهر فيه بوجه.

وبيان ذلك: أن الحائض إذا طهرت وقد بقي من النهار قدر ثمان ركعات صلت الظهر والعصر لأنها قد أدركت وقتهما. وكذلك إن بقي عليها سبع ركعات أو ست أو خمس، فإن بقي أقل من خمس: صلت العصر ولم تصلِّ الظهر لأن وقتها قد فات، لأنا قد بينا أن قبل المغيب بقدر أربع ركعات وقت للعصر لا يشركها الظهر فيه بوجه،

(١) قال صاحب الفتاوى: (ولا قضاء على مغمى عليه ومريض عجز عن أداء ما فاته في تلك الحالة وزادت الفوائت على يوم وليلة)، الفتاوى الهندية (١/ ١٢١)، الاختيار (١/ ١٠١).

(٢) أخرجه أبو داود: الحدود (٤/ ١٣٨) ح (٤٤٠١)، والترمذي: الحدود (٤/ ٣٢)، ح (١٤٢٣)، والنسائي: الطلاق (٦/ ١٢٧)، (باب من لا يقع طلاقه من الأزواج).

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩٣).

فإذا لم تدرك من وقت الظهر شيئًا لم يلزمهـا أن تصليها سواء أدركت أربع ركعات قبل المغيب فقط أو أربعًا وبعض الخامسة من الوقت المشترك، فإنه لا يلزمها إلا العصر، لأن ذلك القدر من وقت الظهر لا معتبر بإدراكه لأن الاعتبار بإدراك ركعة، فما زاد عليها على ما بينا[1]، وكذلك حكم المغرب والعشاء الآخرة لأن ما بعد المغرب بقدر ثلاث ركعات للمغرب خاصة لا يشركها العشاء فيه بوجه وما بعد ذلك إلى ما قبل الفجر بأربع ركعات مشترك بينهما وبين العشاء الآخرة، فإذا صار قبل الفجر بأربع ركعات اختص الوقت بالعشاء الآخرة، واختلف فى الحائض إذا طهرت قبل الفجر بأربع ركعات. قال مالك: تصلى المغرب والعشاء لأنها إذا فرغت من المغرب بقيت لها ركعة للعشاء[2]، وقال عبد الملك ومحمد بن مسلمة: تصلى العشاء ولا تصلى المغرب لأن وقتها قد فات لأن ما قبل الفجر بأربع ركعات يختص العشاء الآخرة، ولا اعتبار بإدراك ركعة منها بعد المغرب، لأن المغرب حينئذ تصلى فى وقت غيرها، وبهذا فارقت إدراك خمس ركعات، لأن الظهر تصلى فى وقتها ووقت العصر والمغرب هاهنا تصلى بعد فوات وقتها.

وهذا الحكم مستمر فى الحائض تطهر، والطاهر تحيض والمغمى عليه يفيق، والكافر يسلم، والصبى يبلغ، والناسى يذكر. يبين ذلك أن المرأة إذا أخرت الظهر والعصر إلى أن بقى عليها من النهار قدر خمس ركعات ثم حاضت فلا قضاء عليها إذا طهرت لأنها حاضت فى وقتها، فإن حاضت وقد بقى عليها قدر أربع ركعات قضت الظهر لأنها حاضت بعد فوات وقتها وتعلقها بذمتها.

وكذلك حكم الليل، وكذلك الناسى إذا نسى صلاتى الظهر والعصر وهو حاضر فذكرهما فى السفر، وقد بقى عليه وقت سافر من النهار قدر ثلاث ركعات، فإنه يصليها صلاة سفر لإدراكه وقتها [وهومسافر][3]، وإن ذكرهما وقد بقى عليه حين سافر دون ذلك قضى الظهر حضرية لتعلقها بذمته والعصر سفرية لبقاء وقتها، ولو نسيها فى سفر فذكرهما فى حضر وقد بقى من وقتها حين قدومه خمس ركعات صلاهما حضريتين لبقاء وقتهما، فإن ذكرهما وقدومه لدون ذلك صلى الظهر سفرية لفوات وقتها والعصر حضرية لبقاء وقتها، أما المريض إذا خاف أن يغلب على عقله فله أن

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٣٧).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٣٧ ـ ٢٣٨).

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

يقرب العصر إلى الظهر فى أول وقت الظهر، و كذلك المغرب والعشاء، وكذلك المسافر إذا جد به السير فله أن يقرب كالمريض لأنهما من أهل الضرورات.

فصل

وأما قولنا: إنه لا يكون مدركًا للصلاة إلا بأن يدرك من وقتها قدر ركعة فأكثر خلافًا لأبى حنيفة، والشافعى[1] فى قولهما أنه يكون مدركًا لهـا بإدراك جزء من الوقت ولو بقدر تكبيرة الإحرام، فدليله قوله ﷺ: «من أدرك من العصر ركعة قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح»[2]، فعلق كونه مدركًا للصلاة بإدراك ركعة، فدل أنه لا يكون مدركًا لها بأقل من ذلك، ولأنه مدرك لمقدار أقل من ركعة دليله الجمعة.

فصل

فأما قولنا: إنه إذا أدرك ركعة قبل غروب الشمس فقد أدرك العصر وفاتته الظهر، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يكون مدركًا للصلاتين[3]، ودليلنا قوله: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر»[4] فأخبر عما يدرك بإدراكه ركعة من تلك الصلاة، فدل على أنه لا يكون مدركًا لغيرها، وسئل معاذ عن الحائض تطهر قبل غروب الشمس فقال: تصلى العصر، هكذا كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نعلم نساءنا[5]. ولأن ما قبل غروب الشمس بمقدار أربع ركعات يختص العصر لا يشاركها فيه الظهر بوجه للحاضر، فإن سلموا ذلك ثبت أن الظهر يفوت لمن لم يدرك إلا وقت العصر بقوله ﷺ: «لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الأخرى»، ولقوله: «وقت الظهر ما لم يدخل وقت العصر»[6]، وإن لم يسلموه دللنا عليه بالاتفاق على أن لها وقتًا

---

(١) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٥٣)، روضة الطالبين (١/ ١٨٣).

(٢) أخرجه البخارى: المواقيت (٢/ ٦٧) ح (٥٧٩)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٢٤) ح (١٦٣/ ٦٠٨).

(٣) انظر مجموع شرح المهذب (٣/ ٦٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه الدارقطنى: سننه (١/ ٢٢٣) ح (١)، وقال: لم يروه غير محمد بن سعيد وهو متروك الحديث.

(٦) أخرجه مسلم: المساجد (١/ ٤٢٦) ح (١٧١/ ٦١٢)، والبيهقى فى الكبرى (١/ ٥٤٦) ح (١٧٣٤).

يخصها وأقله ما يستغرق فعلها، ولأنه لو كان بكونه مدركًا لركعة من الوقت الآخر من العصر مدركًا للظهر والعصر، لكان إذا أغمى عليه بعد الزوال بقدر ركعة يلزمه قضاء الظهر والعصر لكونه مدركًا لوقتها وذلك خلاف قولهم.

إذا ثبت ما ذكرناه، فالاعتبار فيمن ذكرناه بالوقت الذى يعتبر منه إدراكهما قدر خمس ركعات تختلف، فمنهم من يعتبر بأن يدرك ذلك بعد فراغه من غسله أو وضوئه وما يصلحه من الأمر اللازم له، وهذا فى الحائض تطهر والصبى يبلغ فلو طهرت الحائض وبلغ الصبى لقدر خمس ركعات، فإلى أن تطهر وتلبس وبقى عليه قدر ركعة كان عليه العصر دون الظهر، ولو لم يبق من الوقت شىء لم يكن عليه شىء ولا ينظر إلى ما يبقى عليها من وقت انقطاع الدم أو البلوغ، فأما النصرانى يسلم فقال ابن القاسم: يعتبر له الإدراك من وقت إسلامه لا من فراغه من أمره[1]، وقال غيره: يعتبر بفراغه من طهارته وستر عورته كما يعتبر ذلك فى المريض لأن بإسلامة قد سقطت المؤاخذة عنه بما كان منه حال كفره.

وحكم المغمى عليه عند مالك حكم الحائض والصبى[2]، وأجراه أبو حنيفة مجرى النصرانى يسلم، فى أن الاعتبار بالباقى من الوقت حين الإفاقة والإسلام، وقول مالك أصح وأرجح، لأنَّا إن سوينا بين النصرانى وبين الحائض كان المغمى عليه معتبراً بهما، وإن فرقنا بينهما كان المغمى عليه أشبه بالحائض منه بالنصرانى لأنه لا صنع له فى إغمائه فى ترك الصلاة فيه، والله أعلم.

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩٢).
(٢) انظر المدونة (١/ ٩٣).

باب

وللسفر تأثير فى جواز قصر الصلاة فيه لقوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء:١٠١]، وقوله ﷺ: «إن الله عز وجل وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة»[١]، ولا خلاف فى ذلك[٢].

فصل

والصلوات المقصورة هى الرباعية، وقصرها إلى نصفين، وما كان منها يسر القراءة فيه أسرت فى الباقى منه، وما كان يجهر فى نصفه الأول دون الآخر، فإنه يجهر فيما يصليه، والذى يقصر هو ما يسر فيه، مثل العشاء الآخرة فيصليها مقصورة ركعتين يجهر بالقراءة فى كليهما ، والمغرب والصبح لا يدخلان فى القصر ولا خلاف فى هذا[٣].

فصل

اختلف أصحابنا فى القصر، هل هو فرض للمسافر أو سنة فذهب أكثرهم إلى أن فرضه التخيير بين القصر والإتمام إلا أن القصر أفضل وهو سنته، وهذا نص مالك فى رواية ابن وهب: أن القصر سنة المسافر[٤]، وذهب آخرون إلى أن القصر فرضه، وهو قول جماعة من البغداديين، ووجه القصر أنه ﷺ كان يقصر فى السفر ولم يتم، ولأن كل صلاة فرض ردت إلى ركعتين، فذلك هو الواجب فيها، أصله: الجمعة، والدليل للقول أنه سنة قوله تعالى: ﴿فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء:١٠١]، وهذا عبارة المباح دون الفرض، وقال أنس: كنا نسافر مع النبى عليه الصلاة والسلام

---

(١) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/ ٣٢٩) ح (٢٤٠٨)، والترمذى: الصوم (٣/ ٨٥) ح (٧١٥) وقال: حسن، والنسائى: الصيام (٤/ ١٤٩) (باب: ذكر وضع الصيام عن المسافر)، وابن ماجه: الصيام (١/ ٥٣٣) ح (١٦٦٧).

(٢) الإجماع لابن المنذر (ص ٣٩)، المغنى لابن قدامة (٢/ ٨٥)، مجموع شرح المهذب (٤/ ٣٢٢).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٣٩)، المغنى لابن قدامة (٢/ ١٠٦).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٤٤).

فمنا المقصر ومنا المتمم، فلا يعيب بعضنا على بعض[(١)]، ولأن أصحابنا هؤلاء قد أجازوا للمسافر أن يصلى خلف المقيم ويتم الصلاة، فلو كـان فرضه القصر ما جاز له الإتمام، كما أن الحاضر لما كان فرضه الإتمام لم يكن له أن يقصر خلف مسافر.

فصل

والسفر الذى يقصر فيه محـدود، خلافًا لداود فى قوله: إن القصر فى السفر الطويل والقصير[(٢)]، لأن الأصل الإتمام والقصر رخصة لأجل المشقـة، وسفر الفرسخين والثلاثة لا مشقة فيه، فكان كالطواف فى سكك[(٣)] المدينة، ولأنه إجماع الصحابة لأنهم اختلفوا فى حد السفر الذى يقصر الصلاة فيه ولم يختلفوا فى وجوب أصل التحديد.

فصل

والظاهر من المذهب أنه ثمـانية وأربعون مـيلا[(٤)]، وقـال أبو حنيفـة : ثلاثة أيام[(٥)]، ودليلنا قـوله تعالى : **﴿وإذا ضـربتم فى الأرض فـليس عليكم جناح أن تـقـصـروا من الصلاة﴾** [النساء:١٠١]، فعم ولم يخص، ولأنهـا مسافة تلـحق المشقة فى قطعهـا غالبًا فجاز القصر فيها، أصله: مسافة الثلاثة أيام.

فصل

ولا يجوز القصر إلا إذا فارق بلده ولم يقابله شـىء منه، خلافًا لبعض المتقدمين فى قوله: إنه يقصر إذا نوى السفر وإن كان ببلده[(٦)]، لقوله: **﴿وإذا ضربتم فى الأرض فليس**

---

(١) أخرجه الحافظ البيهقى فى الكبرى (٣/٢٠٧) ح (٥٤٤٠).

(٢) قال النووى: (وقال داود: يقـصر فى طويل السفر وقصـيره وقال الشيخ أبو حامـد حتى قال لو خرج إلى بستـان خارج البلد قصر). انظر مجمـوع شرح المهذب (٤/٣٢٦)، انظر المحلى لابن حزم (٥/٢).

(٣) أى: طرق المدينة، انظر القاموس المحيط (٣/٣٠٦).

(٤) قال الفيروزآبادى: (الميل: قدر مد البصر، ومنار يبنى للمسافر، أو مسافة من الأرض متراخية بلا حد، أو مائة ألف أصـبع إلا أربعة آلاف أصبع، أو ثلاثة أو أربعة آلاف ذراع بحسب اخـتلافهم فى الفرسخ هل هو سـبعة آلاف بذراع القـدماء، أو اثنا عشـر ألف ذراع بذراع المحدثين)، انظر القاموس المحيط (٤/٥٣).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى (١/٨٦)، الاختيار للموصلى (١/١٠٣).

(٦) قال ابن قدامة : (وحكى عن عطاء وسليمان بن مـوسى أنهما أباحا القصر فى البلد لمن نوى =

عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء:١٠١]، والضرب فى الأرض لا يكون بالنية وإنما يكون بالفعل، ولأنه إذا كان مسافراً لم يصر مـقيمًا، كذلك إذا كان مقيمًا لا يكون مسافراً بمجرد النية.

فصل

وفى المسافة يقصر ببلوغه إليها روايتان[١]: إحداهما: أن يفارق بيوت بلده ولا يحاذيه ولا عن يمينه وشماله شىء منها، والآخر: أن يـكون من المصر على ثلاثة أميال، فوجه الأولى: أنه مفارق لبـيوت بلده فأشبه إذا بلغ مـسافة ثلاثة أميال، ووجه الثـانية: أن ما دون الثلاثة أميال فى حكم البلد، بدليل وجوب النزول منه إلى المصر للجمعة فكان فى الحكم كمن لم يفارق البلد.

فصل

ويقصر حتى يدنو راجعًا وينتهى إلى حيث جـاز له القصر فى ابتداء سفره لأنه ما لم يبلغ ذلك فهو مسافر، فإذا بلغ صار حاضراً فلم يجز له القصر.

فصل

وله أن يستـمر فى القـصر وإن أقام ببـعض البلاد يومًا أو يوميـن أو ثلاثة أيام بعزم الإقامة أو بغير عزم، فأما إن أقام أربعة أيام فـأكثر، فإن كان بعزيمة لم يجز له القصر، وإن كان بغيـر عزيمة ونيتـه أن يقيم ما دام حاجتـه كافية يومًا أو يومـين أو أكثر فله أن يقصر، وقال أبـو حنيفة: إن نوى الإقامة خمـسة عشر يومًا صار مقـيمًا وإن نوى إقامة دونها لم يكن مقيمًا[٢]، ودليلنا قوله ﷺ: «يمكث المهاجـر بعد قضاء نسكه ثلاثًا»[٣]، وقد علم أن المقام بمكة إذ ذاك كانت تحرم على المهاجر. فلما استثنى الثلاثة دل على أنها

= السفر). انظر المغنى (٢/٩٦).

(١) انظر المدونة الكبرى (١/١١٢).

(٢) انظر الاختـيار للموصلى (١/١٠٤)، الهداية للـمرغينانى (١/٨٧)، عند البخـارى ومسلم من حديث «العلاء بن الحضرمى».

(٣) أخرجه البخارى: مناقب الأنصار (٧/٣١٣) ح (٣٩٣٣)، بلـفظ «ثلاث للمهاجر بعد الصدر»، ومـسلم: الحج (٢/٩٨٦) ح (٤٤٤/١٣٥٢)، بلفظ «مكث المهـاجـر بمكة بعد قـضـاء نسكه، ثلاثًا».

ليست بإقامة وأن ما زاد عليها إقامة.

فصل

والقصر أفضل من الإتمام، خلافًا للشافعي[1]، لأن أكثر الروايات عنه ﷺ أنه كان يقصر، ولقوله: «خيار عباد الله الذين إذا سافروا قصروا»[2]، ولأن القصر متفق على جوازه والإتمام مختلف فيه، فكان ما اتفق عليه أولى بالفضيلة.

فصل

ومن عزم على سفر بريدين[3]، فلما [وصل][4] إليهما عزم على تمام الأربعة البرد لم يقصر لأنه لم يحصل منه عزم على الحد الذي تقصر فيه الصلاة لأن [ ][5] منفرد بعزمه، ولكن يقصر في رجوعه لأنه عازم على سفر المسافة التي تقصر فيها.

فصل

إذا صلى المسافر في سفره صلاة سفر، ثم عزم على الإقامة فلا إعادة عليه لأنها أديت على ما لزم من فعلها فلم يجب إعادتها بتغير حال المصلي بعد قضائها، كالمريض يصلي جالسًا ثم يصح بعد الفراغ، والعادم للماء يصلي بالتيمم ثم يصيبه بعد الفراغ.

---

(١) قال الإمام النووي: (القصر أفضل من الإتمام على الأظهر، وعلى الثاني: الإتمام وفي وجه: هما سواء واستثنى الأصحاب صورًا من الخلاف:

منها: إذا كان السفر دون ثلاثة أيام فالإتمام أفضل قطعًا نص عليه.

ومنها: أن يجد من نفسه كراهة القصر، فيكاد يكون رغبة عن السنة فالقصر لهذا أفضل قطعًا، بل يكره له الإتمام إلى أن تزول تلك الكراهة وكذلك القول في جميع الرخص في هذه الحالة.

ومنها: الملاح الذي يسافر في البحر ومعه أهله وأولاده في سفينة فإن الأفضل له الإتمام نص عليه في الأم وفيه خروج من الخلاف)، انظر روضة الطالبين (١/ ٣٠٤).

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر وقال: رواه أبو حاتم في العلل، والطبراني في الدعاء والأوسط عن جابر، وإسماعيل بن إسحاق القاضي في كتاب الأحكام له من عروة بن رويم، والشافعي عن ابن حرملة، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٥٤) ح (٨).

(٣) البريد هو الرسول أو فرسخان أو اثنا عشر ميلاً أو ما بين المنزلين، القاموس المحيط (١/ ٢٧٧).

(٤) ما بين المعكوفين مطموس في الأصول ولعل الصواب ما أثبتناه موافقة للسياق.

(٥) طمس في جميع النسخ.

فصل

وإن افتتحها بنية القصر ثم عزم على الإقامة قبل الفراغ منها جعلها نافلة إن كان قد صلى منها ركعة ثم استأنف صلاة مقيم، لأنه إن لم يفعل ذلك حصل منه أن المقيم يصلي صلاة مقصورة، أو يبني على صلاة سفر ونقل النية مكروه، فإن أتمها أجزاه[1].

(١) انظر المدونة الكبرى (١/١١٦).

باب

الترتيب فى قضاء الفوائت واجب بالذكر ساقط بالنسيان فى الخمس فدونهن، ولا يستحق فيما زاد عليهن، فإذا كان المتروك صلاة واحدة أو اثنتين إلى خمس فذكرها وقد حضر وقت صلاة أتى بالفوائت، وإن فات وقت الحاضرة، خلافًا للشافعى فى قوله: إن الترتيب فى القضاء غير واجب[١]، لقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»[٢]، وقوله: «لا صلاة لمن عليه صلاة»[٣]، ولأنه ﷺ حبس يوم الخندق حتى فاتته الظهر والعصر والمغرب، فلما نزل صلاها على الترتيب»[٤].

فصل

وإنما قلنا: إنه يبدأ بالفائتة وإن خاف فوات الحاضرة خلافًا لأبى حنيفة[٥]، وابن وهب، ومحمد بن عبد الحكم[٦]، لقوله: «ﷺ: من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»[٧]، ولأن كل ترتيب وجب مع سعة الوقت وجب مع ضيقه، أصله: الأركان.

فصل

إن دخل فى الحاضرة ثم ذكر الفائتة بطلت عليه وعلى من خلفه، وقيل: تبطل عليه

(١) انظر مجموع شرح المهذب (٢/ ٧٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الحافظ الزيلعى وقال: ذكر ابن الجوزى فى العلل بإسناده عن إبراهيم الحربى، وقال: سئل أحمد بن حنبل عن قول النبى ﷺ: «لا صلاة لمن عليه صلاة»، فقال: لا أعرف هذا، ولا سمعته عن النبى ﷺ. ونقله الشيخ فى «الإمام» هكذا، قال: ما عرفنا له أصلاً، انظر نصب الراية (٢/ ١٦٦).

(٤) أخرجه الترمذى: الصلاة (١/ ٣٣٧) ح (١٧٩) وقال: ليس بإسناده بأس، إلا أن أبا عبيدة لم يسمع عبد الله، والنسائى: المواقيت (١/ ٢٣٩) (باب: كيف يقضى الفائت الصلاة؟)، وأحمد: المسند (١/ ٤٨٨) ح (٣٥٥٤).

(٥) قال الموصلى: (ويسقط الترتيب بالنسيان وخوف فوت الوقتية وأن تزيد على خمس)، انظر الاختيار (١/ ٨٤)، الهداية للمرغينانى (١/ ٧٨).

(٦) عزاه إليهما فى الكافى (١/ ٢٣٣).

(٧) تقدم تخريجه.

ولا تبطل على من خلفه كالحدث[١]، فوجه الأول: أن الترتيب هو نفس [ ][٢] أو شرط لا يتصور انقطاعه عنها، فكان متعديًا إلى فساد صلاة المأموم اعتبارًا بنسيان تكبيرة الإحرام والقراءة، ويفارق نسيان الطهارة لأنها ذكر منفصل عن الصلاة غير مرتبط بفعلها، ووجه الثاني: اعتباره بالحدث بعلة أنه معنى يفسد الصلاة، أو ذكرها قبل الدخول فيها لم يجز ابتداؤها معه فلم تتعد إلى صلاة المأموم.

فصل

ومن نسي الصبح ثم صلى بعدها الظهر والعصر ثم ذكرها عند الغروب أتى بالصبح[٣]، لأنها قد تعلقت بذمته واستحببنا له إعادة الظهر والعصر لأجل الترتيب، فإن لم يفعل فلا شيء عليه لأن الترتيب مشترط بالذكر ساقط بالنسيان وإن ذكرها بعد فوات وقت ما صلى بعد نسيانها أتى بالمنسية وحدها بعد ما فات وقته بعدها لأنه أداها وقت وجوبها من غير أن يكون على علم بأن عليه صلاة قبلها.

فصل

ويقضي المنسيات على الصفة التي يؤديها من فروضها وسننها من أركان الأفعال والأقوال[٤]، كقوله ﷺ: «فليصلها إذا ذكرها»[٥]، وهذا إشارة إلى الصلاة المتروكة، ولأن القضاء في معنى الأداء لا فرق بينهما إلا أن أحدهما يفعل مع بقاء الوقت والآخر بعد فواته، ولأنه لو كان يأتي بها على خلاف تلك الصفة لكان مستأنفًا لصلاة أخرى ولم يكن قاضيًا، ولأنه فعل لصلاة يسقطه فرضها، فوجب أن تكون على ما تلزمه في الأصل، دليله الأداء.

فصل

إذا نسي صلاة واحدة ولم يدر أي الصلاة هي، صلى خمس صلوات ليكون مسقطًا للفرض عن ذمته بيقين، لأنه إن صلى دون الخمس جاز أن يكون المتروك هي المنسية،

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٢٥).
(٢) ما بين المعكوفين مطموس في جميع النسخ.
(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٢٣).
(٤) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٢٣).
(٥) تقدم تخريجه.

فإن عرفها ولم يذكر من أى يوم هى لم يضر ذلك وأتى بها ناويًا بهـا أنها التى عليه، فإن نسى صلاتين متواليتين من يوم وليلة لا يدرى الليل قبل النهار أم النهار قبل الليل صلى ست صلوات يبدأ بأى الصلوات شاء، ثم يسدس بالتى بدأها، ويختار له البداية بالظهر استحبابًا، وذلك أنه إن كان نسى الظهر والعصر فقد أتى بهـا مرتين وما بعدها لغو، وكذلك إن كان الذى نسى العصر والمغرب أو المغرب والعشاء أو العشاء والفجر أو الفجر والظهر[١].

وإنما قلنا: يعيد التى بدأ بها [لكى][٢] تكون المنتهية هى التى صلاها آخرًا مع التى بدأ بها فيكون قدم الآخرة على الأولى، فإن نسى ثلاثًا مرتبات على الشرط الذى ذكرناه قضى سبعًا يسدس بالأولى ويسبع بالثانية، وإن كن المنسيات أربعًا قضى ثمان صلوات يسدس بالأولى ويسبع بالثانية ويثمن بالثالثة، وإن كن المنسيات خمسًا صلى تسعًا على هذا الترتيب، وإنما قلنا: إنه يختار له البداية بالظهر لأنها أول الصلاة صلاها جبريل بالنبى ﷺ فى حديث بيان المواقيت[٣].

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٢٥).

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) تقدم تخريجه.

باب

لا بأس بالمشى إلى الفرج فى الصلاة، ومن افتتح الصلاة ثم رأى فرجة بين يديه أو إلى جنبه مشى إليها إن كانت قريبة، وكذلك بعد ركعة أو ركعتين، وأقل ما فيه أن تسوية الصفوف وسد الخلل مأمور به مندوب إليه لقوله ﷺ: «راموا الصفوف. . .، اعدلوا صفوفكم فإنى أراكم من وراء ظهرى»[1]، وكذلك ينبغى أن تضم الصفوف، فإن كان بعضها ناقصًا جعل الصف [الذى به نقص][2] فى المؤخر.

فصل

ومن قهقه فى الصلاة أعادها لأن الضحك مفسد للصلاة لأنه من جنس الكلام وهو أغلظ منه إذا لم يجز فى الصلاة شىء منه على وجه، ولا وضوء على الضاحك فى صلاته اعتبارًا بالضحك فى غير صلاته[3] ولأن ما ينقض الطهارة لا يختلف حكمه إذا وجد فى الصلاة أو خارجها كسائر الأحداث والتبسم غير مفسد للصلاة، لأنه يسير لا يمكن الاحتراز منه، ولأنه ﷺ قال: «من قهقه فى الصلاة أعادها»[4]، فدل أن ما دون ذلك لا تعاد منه، وقيل: يسجد له لأنه سير من جنس الكلام لا يمكن التحرز منه، وقال ابن عبد الحكم: يسجد له بعد السلام لأنه زيادة، وقال أشهب: قبله لأنه نقص للخشوع، وقول ابن عبد الحكم أصح لأن الاعتبار بنقص الأفعال والأقوال دون الاعتدال.

---

(١) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٤٣) ح (٧١٩) بلفظ: «اقيموا صفوفكم وتراصوا، فإنى أراكم من رواء ظهرى»، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٢٤) ح (١٢٥/ ٤٣٤) بلفظ «أتموا الصفوف. فإن أراكم خلف ظهرى».

(٢) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ ولعله الصواب.

(٣) الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٤٣).

(٤) أخرجه الدارقطنى: سننه (١/ ١٦٤) ح (١١) بلفظ: «إذا قهقه أعاد الوضوء وأعاد الصلاة» وذكره الحافظ الزيلعى بلفظ المصنف وقال: رواه أبو القاسم حمزة بن يوسف السهمى فى «تاريخ جرجان»، انظر نصب الراية (١/ ٤٨ ـ ٤٩).

فصل

ومن أدرك بعض صلاة الإمام لم يقم للقضاء إلا بعد فراغ الإمام من الصلاة[١] لأن وقت القضاء هو بعد الفراغ من الإدراك ولوجوب اتباع الإمام.

فصل

وما أدرك من الصلاة فهو آخرها وما فاته فهو أولها، هذا هو المشهور[٢]، وروى ابن نافع: أن ما أدرك أولهما وما يقضيه آخرها، وفائدة ذلك أن على الرواية الأولى يأتى بالقضاء كما أتى به الإمام: إن فاتته ركعة واحدة قضاها بأم القرآن وسورة وجهر فيها إن كانت مما يجهر فيه، وإن فاتته ركعتان قضى كل واحدة بأم القرآن وسورة وإن فاتته ثلاث ركعات قضى الثالثة بأم القرآن وحدها سراً[٣]، وعلى رواية ابن نافع يأتى بالقضاء كما أتى الإمام بآخر الصلاة، فوجه الرواية المشهورة قوله ﷺ: «ما فاتكم فاقضوا»[٤]، والذى فاته أول الصلاة والقضاء هو أن يأتى بمثل المقضى، ولأنه لو أدرك أول صلاة الإمام لكانت أول صلاته، فإذا أدرك آخرها وجب أن يكون آخر صلاته، ولأنه فعل مع الإمام آخر صلاة الإمام، فكان ذلك آخر صلاة لنفسه، أصله: إذا أدرك جميع الصلاة، ووجه الآخر قوله: «وما فاتكم فأتموا»[٥]، والإتمام هو أن يأتى ببقية الشىء اعتباراً بالمفرد، ولأنه لو كان ما يقضيه أول صلاته لوجب إذا أدرك الإمام فى الركعة الآخرة من المغرب ألا يقعد للتشهد فى الركعتين التى يقضيها مرتين.

فصل

ولا يتنفل فى السفينة إلا إلى القبلة إذا أمكنه ، بخلاف الراكب[٦] فإن لم يتمكن جاز[٧].

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩٥).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩٦).

(٣) المدونة الكبرى (١/ ٩٦).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٥٤) ح (٥٧٣)، والنسائى: الإمامة (٢/ ٨٨) (باب السعى إلى الصلاة)، وأحمد: المسند (٢/ ٣٦٣) ح (٧٦٨٢).

(٥) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ١٣٨) ح (٦٣٦)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٢٠) ح (١٥١/ ٦٠٢).

(٦) أى الراكب لشىء غير السفينة. كالدواب مثلاً.

(٧) انظر المدونة الكبرى (١/ ١١٧).

باب

والمريض إذا عجز عن القيام صلى جالسًا متربعًا يركع ويسجد إن قدر وإلا أومأ[١]، ويثنى رجله إن قدر وإن لم يقدر أومأ متربعًا[٢]، وإن عجز اضطجع[٣] على جنبه الأيمن واستقبل القبلة، فإن لم يقدر فعلى ظهره ولا يسقط عنه ما يقدر عليه لعجزه عن غيره[٤].

وإذا قلنا: إنه إذا عجز عن القيام صلى جالسًا لقوله عز وجل: ﴿فاذكروا الله قيامًا وقعودًا وعلى جنوبكم﴾ [النساء:١٠٣]، وقال ابن مسعود وغيره: نزلت فى المريض لا يقدر على القيام، رخص له أن يصلى قاعدًا أو قائمًا[٥]، «ولأنه ﷺ صلى جالسًا وصلى على شقه الأيمن»[٦]، وكذلك فى مرضه الذى مات فيه، وروى عن عمران بن حصين قال: كان بى الناصور فسألت النبى ﷺ فقال: «صلِّ قائمًا فإن لم تستطع فقاعدًا: فإن لم تستطع فعلى جنبك»[٧]، وإنما خترنا له أن يثنى رجليه للسجود لأنه إذا قدر على شىء من بنية الصلاة حال الصحة لم تسقط عنه للعجز عما لا يقدر عليه.

وإنما قلنا: متربعًا ليفصل بين قعوده الذى هو بدل من القيام وبين قعوده الأصلى للتشهد، وإذا احتاج إلى الفصل فليس فى هيئة الجلوس أشد تمكنًا ووقارًا من التربع.

وإنما قلنا: يكون سجوده أخفض من ركوعه لأنه ﷺ عاد مريضًا فرآه يصلى على وسادة فرمى بها وقال: «صلِّ بالأرض إن استطعت وإلا فأومئ إيماء واجعل سجودك

---

(١) الإيماء هو الإشارة، القاموس المحيط (١/ ٣٣).

(٢) التربع: هو الجلوس المعروف وهو اسم فاعل مؤنث من تربع وتربع مطاوع: ربع لأن صاحب هذه الجلسة قد ربع نفسه كما يربع الشىء إذا جعل أربعًا والأربع هنا: الساقان والفخذان، ربعها بمعنى أدخل بعضها تحت بعض، انظر المطلع لشمس الدين البعلى (ص ٨٥).

(٣) ضجع: كمنع وضع جنبه بالأرض، القاموس المحيط (٣/ ٥٥).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٣٦).

(٥) انظر تفسير القرطبى (٣/ ١٩٤٤) طبعة «دار الشعب».

(٦) أخرجه البخارى: الأذان (٢/ ٢٠٣) ح (٦٨٧)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣١١) ح (٩٠/ ٤١٨).

(٧) أخرجه البخارى: التقصير (٢/ ٦٨٤) ح (١١١٧)، وأبو داود: الصلاة (١/ ٢٤٨) ح (٩٥٢) والترمذى: الصلاة (٢/ ٢٠٨) ح (٣٧٢).

أخفض من ركوعك»[١]، ولأن السجود لما كان فى الفعل أخفض من الركوع، فكذلك فى بدله الذى هو الإيماء، وإنما قلنا: إنه إذا عجز عن القعود اضطجع على جنبه الأيمن لقوله ﷺ: «صلِّ قائمًا فإن لم تستطع فقاعدًا فإن لم تستطع فعلى جنبك»[٢]، ولأن التيامن من مندوب الله فى الشرع وسائر وجوه القرب، فإن لم يقدر فعلى ظهره مستقبل القبلة لأنه لا يمكن غيره، وقال ابن المواز: على جنبه الأيسر، ووجهه: أن التوجيه على الجنب أقرب إلى الاستقبال من أن يكون على الظهر.

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/ ٤٣٤) ح (٣٦٦٩)، وذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/ ١٥١) وقال: رواه البزار وأبو يعلى بنحوه، ورجال البزار رجال الصحيح، انظر نصب الراية (٢/ ١٧٥).

(٢) تقدم تخريجه.

باب

ومن أحدث[١] فى صلاته بطلت ولزمه استئنافها، ولم يجز له البناء عليها كان عمدًا أو سهوًا أو غلبة، فأما العمد فلا خلاف فيه، ذاكرًا للصلاة أو ناسيًا، وأما الغلبة فخلافًا لأبى حنيفة[٢] فى قوله: إنه يبنى، لقوله ﷺ: «إن الشيطان ينفخ بين فخذى أحدكم فى الصلاة حتى يخيل إليه أنه قد أحدث فلا تنصرفوا»[٣]، وروى: «فلا يخرج من صلاته حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»[٤]، ولأنه حدث وجد فى خلال الصلاة فأشبه العمد.

فصل

ومن رعف[٥] فى الصلاة خرج فغسل فى أقرب المواضع إليه ثم [بنى][٦] إن كان قد عقد ركعة بسجدتيها، وهذا إذا كان الدم كثيرًا، فإن كان يسيرًا يمكنه نقله بأصابعه مضى فى الصلاة. وقال الشافعى: إذا خرج فغسل الدم ابتدأ الصلاة[٧]، ودليلنا أن ذلك مروى عن على وابن عباس وابن عمر[٨] ولا مخالف لهم، ولأن الضرورة تدعو إليه بدليل جواز الصلاة مع يسير الدم يجده [فى ثوبه.....][٩]، وإنما شرطنا أن يكون فى أقرب المواضع إليه لأن ما زاد عليه عمل متعمد فى الصلاة مستغنى عنه، وذلك مفسد

(١) الأحداث: جمع حدث وهو الخارج المعتاد من المخرج المعتاد فى الصحة، سواء كان ريح أو غائط أو بول ومذى وودى ومنى وغيره، انظر الشرح الكبير (١/ ١١٤).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٨٣)، الهداية للمرغينانى (١/ ٦٣).

(٣) ذكره الحافظ ابن حجر وقال: رواه البزار (بنحوه) وفى إسناده أبو أويس، لكن تابعه الدراوردى عند البيهقى، انظر تلخيص الحبير (١/ ١٣٧) ح (٢٠)

(٤) أخرجه البخارى: الوضوء (١/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦) ح (١٣٧)، ومسلم: الحيض (١/ ٢٧٦) ح (٩٨/ ٣٦١).

(٥) قال الفيروز آبادى: (رعف خرج من أنفه الدم رعفًا والرعاف الدم بعينه)، القاموس المحيط (٣/ ١٤٥).

(٦) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٧) انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٧٦).

(٨) انظر الموطأ: الطهارة (١/ ٣٩ ـ ٤٠) (باب: العمل فى الرعاف؛ باب: العمل فيمن غلبه الدم).

(٩) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ.

لها، ولأن البناء على الرعاف وليس بقياس، ولا يجوز منه إلا قدر ما اتفق عليه ودعت الضرورة إليه وإنما شرطنا أن يكون قد صلى ركعة بسجدتيها لأن ما دون ذلك لا حكم له في البناء والإدراك.

فصل

واختلف في الراعف وحده فقيل: يبنى، وقيل: يبتدئ، فإذا قلنا: يبنى فاعتبارًا بالمأموم، وإذا قلنا: يبتدئ فلأن المأموم مضطر إلى ذلك لاتباع الإمام ولحوق الفرض في الجماعة، والمنفرد بخلافه[1].

فصل

وإنما يرجع إذا طمع أنه يدرك مع الإمام بقية الصلاة ليتم الصلاة على الوجه الذى ابتدأها من الجماعة، وإن لم يطمع في إدراكها أتمها في موضع غسل الدم أو في أقرب المواضع إليه. ليسلم من أن يزيد في الصلاة عملاً من غير حاجة. هذا في غير الجمعة. فأما في الجمعة فلابد من عوده إلى الجامع أدرك الإمام أو لم يدركه، ولأنها لا تكون إلا في المسجد أو ما هو في حكمه، فلذلك رجع إليه لأجل موافقة الإمام[2].

فصل

ومن دام به الرعاف فلم ينقطع أومأ إلى السجود وأتى بالقيام والركوع لأن هذا عذر سوغ معه الإيماء كعذر المريض.

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٤٢).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٤٢).

باب

عزائم[1] سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ليس فى المفصل منها شيء وتفصيلها: الأولى: خاتمة الأعراف: ﴿ويسبحونه وله يسجدون﴾ [الأعراف:٢٠٦]، وهذه لا اختلاف فيها، والثانية: فى الرعد قوله: ﴿و ظلالهم بالغدو والآصال﴾ [الرعد:١٥]، والثالثة: فى النحل عند قوله: ﴿ويفعلون ما يؤمرون﴾ [النحل:٥٠]، والرابعة: فى بنى إسرائيل عند قوله: ﴿ويزيدهم خشوعًا﴾ [الإسراء:١٠٩]، والخامسة فى مريم عند قوله: ﴿خروا سجدًا وبكيًا﴾ [مريم:٥٨]، والسادسة: أول الحج عند قوله: ﴿إن الله يفعل ما يشاء﴾ [الحج:١٨]، فأما آخرها عند قوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا﴾ [الحج:٧٧]، فليست بعزيمة، خلافًا للشافعى[2]، لأن هذا هو السجود الذى من يقين الصلاة، وذلك لا يقتضى أن يسجد له سجود تلاوة كقوله: ﴿اسجدى واركعى مع الراكعين﴾ [آل عمران:٤٣]، والسابعة فى الفرقان عند قوله: ﴿وزادهم نفورًا﴾ [الفرقان:٦٠]، والثامنة فى النمل وأصحابنا سموها الهدهد عند قوله: ﴿رب العرش العظيم﴾ [النمل:٢٦]، وقال الشافعى عند قوله: ﴿ويعلم ما تخفون وما تعلنون﴾ [النمل:٢٥]، وما قلناه أولى لأنه عند تمام الكلام من غير قطع له[3]، والتاسعة فى سجدة لقمان عند قوله: ﴿وهم لا يستكبرون﴾ [السجدة:١٥]، والعاشرة فى [سورة ص] عند قوله: ﴿وخر راكعًا وأناب﴾ [ص:٢٤]، وبعض أصحابنا، يقول عند قوله: ﴿حسن مآب﴾ [ص:٢٥]، وقال الشافعى هى سجدة شكر وليست بعزيمة[4]، ودليلنا ما روى أبو سعيد: «أن النبى ﷺ قرأ «ص» وهو على المنبر فلما بلغ السجدة نزل فسجد وسجد الناس معه»[5]، والحادية عشرة فى حم السجدة عند قوله: ﴿إن كنتم إياه تعبدون﴾ [فصلت:٣٧]، وعند الشافعى[6]: ﴿وهم لا يسأمون﴾ [فصلت:٣٨]، والذى قلناه أحسن عند تمام الكلام، وقد ورد ذلك مرفوعًا،

(١) العزائم جمع عزيمة. وهى الحكم الثابت على وفق الدليل.

(٢) انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٦٢)، انظر مغنى المحتاج (١/ ٢١٤).

(٣) انظر مغنى المحتاج (١/ ٢١٥)، المجموع (٤/ ٦٠).

(٤) انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٦٣)، روضة الطالبين (١/ ٣١٨).

(٥) أخرجه أبو داود: الصلاة (٢/ ٦٠) ح (١٤١٠)، والدارمى: الصلاة (١/ ٤٠٧) ح (١٤٦٦) وقال: وإسناده حسن.

(٦) قال الإمام النووى: (ومواضع السجدات بينة لا خلاف فيها إلا التى فى (حم السجدة) فالأصح =

هذه جملة العزائم وقد ذكرنا أنه ليس فى المفصل شىء من العزائم، وروى ابن وهب عن مالك أنه يسجد فيها[١]، وهو قول أبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، وهى فى: والنجم، والقمر، والقلم، ودليلنا: «أن النبى ﷺ سجد فى «والنجم» بمكة فلما هاجر إلى المدينة تركها»[٤].

فصل

واختلف عنه إذا قرأها فى الأوقات المنهى عن التنفل فيها: فعنه فيها روايتان: إحداهما: أنه يسجد لأنها متأكدة على سائر النفل، والآخر: أنه لا يسجد، لأنها نفل فأشبه سائر النوافل[٥].

فصل

ومن شرطها الطهارة، لأنها من جملة الصلوات الشرعية، ويكبر لها[٦] لما رواه ابن عمر أن النبى ﷺ كان يقرأ القرآن، فإذا مر بالسجدة كبر وسجد[٧]، ولأنه سجود شرعى فكان فى أوله وفى الرفع منه كسجود الصلاة، ولا يحتاج إلى سلام منها، السلام تحليل ولا إحرام لها ألا ترى أن الطواف لما لم يحتج إلى إحرام لم يحتج إلى تحليل.

فصل

ويسجدها من قرأها فى صلاة نفل أو فرض، لأن النبى ﷺ سجدها فى الصلاة المكتوبة والنافلة، وليس بواجب لا فى صلاة ولا غيرها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن

= أنها عقب (لا يسأمون). انظر روضة الطالبين (١/ ٣١٩)، مغنى المحتاج (١/ ٢١٥).

(١) ذكره بنصه فى الكافى، انظر الكافى (١/ ٢٦٣).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٩٨)، الهداية للمرغينانى (١/ ٨٤).

(٣) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٨٥)، روضة الطالبين (١/ ٣١٨).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٢/ ٤٤٣) (باب: من قال فى القرآن إحدى عشرة سجدة).

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٠٥).

(٦) قال ابن عبد البر: (ويكبر لها إن شاء)، الكافى (١/ ٢٦٢).

(٧) أخرجه البخارى: السجود (٢/ ٦٤٧) ح (١٠٧٥)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٠٥) ح (١٠٣ - ١٠٤/ ٥٧٥).

السجود فيها واجب[١] على القارئ والمستمع فى الصلاة وغيرها لإجماع الصحابة وهو: «أن عمر رضى الله عنه قرأ سجدة على المنبر فنزل وسجد وسجد الناس معه ثم قرأها فى الجمعة الأخرى فتهيأ الناس للسجود فقال: على رسلكم إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء»[٢]، وذلك بحضرة الصحابة من المهاجرين والأنصار فلم ينكر عليه أحد، ولأن السجود ركن فى الصلاة فلم يجب منفرداً، أصله: القعود للتشهد الآخر.

فصل

ولا يصلى في معاطن[٣] الإبل، ويصلى فى مراح الغنم[٤] والبقر، لنهى النبى ﷺ [عن الصلاة][٥] فى معاطن الإبل، وإباحته إياها فى مراح الغنم[٦]، وتكره الصلاة فى معاطن الإبل لمعان: منها، ما روى أنها خلقت من جن، ولا ينبغى أن يصلى بحيث يكون الشيطان، ومنها أنه كان يستتر بها عند البراز، ومنها: أن نفورها بخلاف نفور الغنم والبقر، ومنها: أن الأغلب عليها الوسخ والزفورة[٧]، والبقر والغنم بخلافها، وتكره الصلاة فى المجزرة[٨] للنهى عنه، ولأن النجاسة ظاهرة فيها، وتكره الصلاة على قارعة الطريق، للتبذل، ولأنها لا تخلو من الأبوال وما يجب تنزيه الصلاة عنه، والحمام، وإن كان فيه موضع طاهر جازت الصلاة فيه، ويكره تعمدها داخله، وتكره الصلاة فى البِيَع[٩] والكنائس[١٠] لأنها مأوى للشياطين ومحل للكفر، والحضور فيها

(١) انظر الهداية (١/ ٨٤)، انظر الاختيار (١/ ٩٨).

(٢) أخرجه البخارى: السجود (٢/ ٦٤٨) ح (١٠٧٧).

(٣) جمع معطن والمعطن: من عطن وهو وطن الإبل ومبركها حول الحوض ومريض الغنم حول الماء، القاموس المحيط (٤/ ٢٤٨).

(٤) أى: مرابضها.

(٥) ما بين المعكوفين مطموس ولعل الصواب ما أثبتناه من مصادر الحديث.

(٦) أخرجه الترمذى: الصلاة (٢/ ١٨٠) ح (٣٤٨) وقال: حسن صحيح، وابن ماجه: المساجد (١/ ٢٥٢) ح (٧٦٨) والدارمى: الصلاة (١/ ٣٧٥) ح (١٣٩١)، وأحمد: المسند (٢/ ٥٩٤) ح (٩٧٣٨).

(٧) من الزفرة وهو التنفس، أو هو أول صوت الحمار والشهيق آخره، والمزفور من الدوات الشديد تلاحم المفاصل، القاموس المحيط (٢/ ٣٩ ـ ٤٠).

(٨) المجزرة: موضع الجزر وهى مكان الذبح، القاموس المحيط (١/ ٣٨٩).

(٩) البيعة بالكسر: متعبد النصارى القاموس المحيط (٣/ ٨).

(١٠) الكنيسة: متعبد اليهود أو النصارى أو الكفار، القاموس المحيط (٢/ ٢٤٧).

مكروه فى الجملة فضلاً عن الصلاة، ولأنها لا تخلو من نجاسة لعلمنا بأنهم يدينون بشرب الخمر وأكل الخنزير، وتكره الصلاة فى المقبرة الجديدة فى الجملة للنهى، ويجوز إن عفت، وإن كانت عتيقة وفيها نبش فلا يجوز إلا أن يجعل فوقها حصير يحول بينه وبينها، وهذا فى مقابر المسلمين، ما فى مقبرة المشركين فتكره الصلاة فيها جملة بغير تفصيل، وتكره الصلاة داخل الكعبة عند مالك[1] لأنه يستدبر بعض البيت، والأولى أن يصلى بحيث يكون جملة البيت تجاهه لا يستدبر شىء منه، ويجوز فيه النفل، لاختلاف الناس فى صلاة النبى ﷺ فيه، ولأن التنفل قد سمح فيه ما لم يسامح فى الفرض، ولا تجوز عند أصبغ وقوم من أصحابنا البغداديين، وهو النظر[2]، لقوله تعالى: ﴿وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره﴾ [البقرة:١٤٤]، فكلفنا استقباله، فيجب الامتثال وذلك لا يمكن إلا إذا كنا خارجه، لأن استقبالنا إياه ونحن فيه لا قدرة لنا عليه، لأنا لو أردنا أن نتركه ولا نستقبله لم يمكن فلم يدخل تحت التكليف، وإذا كان ذلك لم يكن هو الاستقبال المأمور به.

فصل

وقيام رمضان مرغب فيه[3] لقوله ﷺ: «من قام رمضان إيمانًا واحتسابًا غفر له ما تقدم من ذنبه»[4]، ولأنه ﷺ قام بأصحابه ثم لم يخرج، فقال: ما منعنى إلا أنى خفت أن يفرض عليكم»[5].

فصل

وقدره عندنا ست وثلاثون ركعة خلافًا للشافعى فى قوله: إنه عشرون[6] ولأن ذلك عمل أهل المدينة المتصل، وقد قال نافع: لم أدرك الناس إلا وهم يقومون بتسع وثلاثين

---

(١) المدونة الكبرى (١/ ٩١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩١).

(٣) الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٥٥).

(٤) أخرجه البخارى: الإيمان (١/ ١١٤) ح (٣٧)، ومسلم: المسافرين (١/ ٥٢٣) ح (١٧٣/ ٧٥٩).

(٥) عند البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها ولفظه «... لكنى خشيت أن تفرض عليكم»، أخرجه البخارى: الجمعة (٢/ ٤٦٩) ح (٩٢٤)، ومسلم: المسافرين (١/ ٥٢٤) ح (١٧٨/ ٧٦١).

(٦) قال الإمام النووى: (التراويح عشرون ركعة بعشر تسليمات)، انظر روضة الطالبين (١/ ٣٣٤)، مغنى المحتاج (١/ ٢٢٦).

يوترون منها بثلاث[(١)].

فصل

ولا بأس بالصلاة بين الأشفاع: وهى حال جلوس الإمام للاستراحة، لأنه ليس فى ذلك خلاف على الإمام، فإن كان الإمام يصلى الصلاة ولا يقطعها للاستراحة لم يجز للمأموم أن يصلى فى خلالها لأن فى ذلك خلافًا على الإمام[(٢)].

فصل

والقيام بعد صلاة العشاء وقبل الوتر، فمن دخل المسجد وقد صليت العشاء وشرع فى القيام فإنه يبدأ بالعشاء، لأنه يصلى معهم القيام من بعدها، ولا يضره أن يصلى المكتوبة والإمام يصلى التروايح لأنه ليس فى ذلك خلاف عليه، لأن الفرض آكد من النفل، فإذا فرغ دخل معهم فصلى ما لحق.

فصل

ويجوز أن يتنفل الإنسان قائمًا وقاعدًا، لأنها غير مستحقة فيه، فلم يلزمه فى أدائها ما يلزمه فى المكتوبة، ويستحب إذا صلاها قاعدًا أن يتربع موضع [جلوسه][(٣)]، لأنه أشد تمكنًا وأزيد فى وقار الصلاة كما استحببنا ذلك للمريض، وكذلك روى عن النبى ﷺ، والسلف، فإذا أراد السجود تهيأ بهيئة السجود كالمريض سواء، ويستحب له إذا دنا ركوعه أن يقوم فيقرأ بنحو ثلاثين آية وشبهها ثم يركع لأن النبى ﷺ كان يفعل ذلك، ولأنه إذا فعل ذلك كان كمن صلى الصلاة من أولها قائمًا، وصلاة القاعد على النصف من صلاة القائم.

فصل

إذا افتتحها جالسًا ثم أراد القيام جاز له، فإن افتتحها قائمًا ثم أراد إتمامها جالسًا، قال ابن القاسم: له ذلك، وقال غيره: ليس له ذلك[(٤)]، وجه قول ابن القاسم: أنها

---

(١) انظر المدونة (١/١٩٣).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢٥٦).

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه لمقتضى الكلام.

(٤) المدونة الكبرى (١/ ٨٠).

غير مستحقة عليه إلا على ما يخف عليه، فلو لم يجز له استدامتها إلا على القيام لكانت كالفرض، ولأن المعنى الذى ساغ له افتتحها جالسًا مع القدرة على القيام كونها نفلاً غير مستحقة عليه، وهذا موجود فى الاستدامة، ووجه قول غيره: إنه إذا افتتحها قائمًا صار الأداء على هذه الصفة واجبا عليه كوجوب أصلها فلا تسقط إلا من عذر فإذا ثبت ذلك لم يكن له تركه وإن كان فى الأصل غير واجب إلا أنه قد صار واجبًا بالتزامه له كأصلها، وليس كذلك إذا افتتحها جالسًا ثم قام لأنه قد زاد.

فصل

والتنفل مثنى مثنى ليلاً ونهارًا، خلافًا لأبى حنيفة، فى قوله: إنه فى النهار مخير بين ركعتين ركعتين أو أربع أربع أو ست أو ثمان بتسليمة واحدة، ومنع الزيادة[1] لقوله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى»[2]، فقصرها على هذا القدر، فدل على نفى ما زاد عليه، ولأنه عدد زائد على عدد الفرائض فأشبه ما زاد على الثمان.

فصل

يجوز الجهر فى النافلة ليلاً، واختلف فى ذلك نهارًا، فقيل: جائز، وقيل: مكروه، فوجه الجواز [ ][3] للتنفل، فجاز أن تؤدى فيه سرًا وجهرًا كالليل، ولأنها صفة لأداء القراءة تجوز فى الفرض، فجازت فى النفل على الإطلاق أصله [إلا . . . .][4].

هذا فى النفل المبتدأ، فأما فى السنن المرتبة المؤقتة فإنها مستقرة على ما ورد به الشرع فيها من إسرار أو جهرٍ، ووجه الكراهة أن النفل تابع للفرض والقراءة فى فرائض النهار سرًا، فكذلك فى نفله، ولأن زمان الفرائض لما انقسم إلى جهر وإخفات فكذلك زمان النفل.

(١) انظر الاختيار للموصلى (١/٨٨)، الهداية للمرغينانى (١/٧٢).
(٢) أخرجه البخارى: الوتر (٢/٥٥٤) ح (٩٩٠)، ومسلم: المسافرين (١/٥١٦) ح (١٤٥/٧٤٩).
(٣) مطموس فى الأصول.
(٤) مطموس فى الأصول

فصل

الإمامة جائزة فى النافلة[١]، لأن رسول الله ﷺ قد أم فيها[٢]، وكذلك السلف بعده، ولأن الإمامة جائزة فى السنن الراتبة، فكذلك فى النوافل.

فصل

والدعاء جائز فى جميع الصلاة إلا فى الركوع، والأفضل الاجتهاد فيه فى السجود، وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «أما الركوع فعظموا فيه الرب، وأما السجود فاجتهدوا فيه بالدعاء فقمن أن يستجاب لكم»[٣]، وروى «أقرب ما يكون العبد من ربه إذا كان ساجداً فاجتهدوا فى الدعاء»[٤].

فصل

ويجوز أن يدعو لكل ما يحتاج إليه، وكل أمر يجوز أن يدعو به خارج الصلاة، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يدعو إلا بألفاظ القرآن وما قاربها[٥]، لما روى: أن رسول الله ﷺ كان يدعو فى صلاته فيقول: «اللهم انج الوليد بن الوليد وسلمة بن هشام وعياش بن أبى ربيعة والمستضعفين بمكة»[٦]، «اللهم أشدد وطأتك على مضر واجعلها عليهم سنين كسنين يوسف»[٧]، ولقوله : «وأما السجود فاجتهدوا فيه

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٩٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مسلم: الصلاة (١/ ٣٤٨) ح (٢٠٧/ ٤٧٩)، وأبو داود: الصلاة (١/ ٢٣٠) ح (٨٧٦)، والنسائى: التطبيق (٢/ ١٤٨) (باب: تعظيم الرب فى الركوع).

(٤) أخرجه مسلم: الصلاة (١/ ٣٥٠) ح (٢١٥/ ٤٨٢)، وأبو داود: الصلاة (١/ ٢٣٠) ح (٨٧٥)، والنسائى: التطبيق (٢/ ١٨٠) (باب: أقرب ما يكون العبد من الله عز وجل).

(٥) قال صاحب الفتاوى: (وليس فى القنوت دعاء مؤقت كذا فى التبين والأولى أن يقرأ: اللهم إنا نستعينك ويقرأ بعده: اللهم اهدنا فيمن هديت ومن لم يحسن القنوت يقول: ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار. كذا فى المحيط أو يقول: اللهم اغفر لنا ويكرر ذلك ثلاثًا وهو اختيار أبى الليث كذا فى السراجية)، انظر الفتاوى الهندية (١/ ١١١)، بدائع الصنائع (١/ ٢٧٣).

(٦) أخرجه البخارى: التفسير (٨/ ٧٤) ح (٤٥٦٠)،ومسلم: المساجد (١/ ٤٦٦) ح (٢٩٤/ ٦٧٥).

(٧) تقدم تخريجه.(جزء من الحديث المتقدم).

بالدعاء»[1]، فلم يفرق، ولأن كل دعاء جاز أن يدعى به خارج الصلاة جاز أن يدعى به فيها، أصله: ما ورد به القرآن.

فصل

وإذا أصاب الإمام حدث في صلاته استخلف من يتم بهم[2]، لأنه لم يتعمد الفساد، وإنما كان بغلبة فلم يتعد الفساد إلى صلاة من خلفه، ولزمه الاستخلاف لتعذر الائتمام من جهته، فإن فعل وإلا قدموا لأنفسهم ليتموا الصلاة على ما دخلوه عليه فيها من الجماعة، فإن لم يفعلوا وصلوا أفراداً جاز إلا في الجمعة، وإن تقدم رجل منهم ابتداء فأتم بهم جاز لأن ذلك من مصلحة الصلاة كما لو قدموه.

فصل

ومن أم غير متطهر فإن كان ساهيًا لم يلزم من خلفه إعادة، وإن كان عامدًا لزمتهم الإعادة إذا علموا، وقال أبو حنيفة: تلزمهم الإعادة في الموضعين[3]، وقال الشافعي: لا إعادة عليهم في الموضعين[4]، فدليلنا على أنه لا إعادة عليهم إذا كان ساهيًا ما روى: «أنه ﷺ كبر ساهيًا في صلاة من الصلوات ثم أشار بيده أن امكثوا ثم رجع وعليه أثر ماء»[5]، ولم يأمرهم بالإعادة، ولأن بطلان طهارة الإمام على غير التعمد لا يوجب بطلان صلاة المأموم، أصله: إذا سبقه الحدث.

فصل

ودليلنا على لزوم الإعادة لهم في العمد: أنه فاسق بذلك الفعل فلم يجز الائتمام به، والأصل فيه: أن الائتمام يسقط به ركن عن المأموم هو شرط في صحة الصلاة في حال الانفراد فيسقط عنه بفعل الإمام، وذلك ما لا يصل إليه المأموم إلا بغالب الظن والبناء على الظاهر، والعلم بفسقه يمنع ذلك. فيجب منع الائتمام به، فأما الإمام

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٣٤).

(٣) انظر بدائع الصنائع (١/ ٢٢٦)، الفتاوى الهندية (١/ ٩٣).

(٤) انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٢٥٨)، روضة الطالبين (١/ ٣٥١).

(٥) أخرجه البخاري: الغسل (١/ ٤٥٦) ح (٢٧٥)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٢٣) ح (١٥٨/ ٦٠٥) بنحوه، ومالك في الموطأ: الطهارة (١/ ٤٨) ح (٧٩).

فتلزمه الإعادة فى الموضعين لأنه مصلٍ على غير طهر.

فصل

ويستحب للإمام أن يقوم بعد سلامه، لما روى صهيب رضى الله عنه أنه ﷺ كان إذا سلم لم يجلس إلا قدر ما يقول: اللهم أنت السلام ومنك السلام، تباركت يا ذا الجلال والإكرام[(١)]، وروى نحوه عن جملة من الصحابة منهم: أبو بكر وعمر وعلى، ومن أصحابنا من يقول: إن هذا فى الصلوات التى يتبعها نافلة دون ما لا يتنفل بعده، والله أعلم.

فصل

ولا يمر أحد بين يدى مصلٍ[(٢)]، لنهيه ﷺ عن ذلك، وقوله: «لو يعلم المار بين يدى المصلى ما عليه لكان أن يقف أربعين خيراً له»[(٣)]. وقوله ﷺ: «إذا كان أحدكم يصلى فلا يدع أحداً يمر بين يديه ، وليدرأه ما استطاع ، فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان»[(٤)].

فصل

ويدفع المصلى من نفسه ما يمر بين يديه من دابة أو إنسان دفعًا خفيفًا لا يشغله عن صلاته، للحديث الذى رويناه، فإن أبى تركه، ولا يتناول أحد من أحد شيئًا بين يدى المصلى لأن ذلك فى معنى المرور[(٥)].

فصل

ولا يقطع الصلاة مرور شىء بين يدى المصلى، خلافًا لمن قال: يقطعها الحائض

---

(١) أخرجه مسلم: المساجد (١/ ٤١٤) ح (١٣٥/ ٥٩١)، وأبو داود: الصلاة (٢/ ٨٥) ح (١٥١٣) والترمذى: الصلاة (٢/ ٩٧) ح (٣٠٠) عن ثوبان رضى الله عنه.

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٠٩).

(٣) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٦٩٦) ح (٥١٠)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٦٣) ح (٢٦١/ ٥٠٧).

(٤) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٦٩٣) ح (٥٠٩)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٦٢) ح (٢٥٨/ ٥٠٥)، ولفظه لمسلم.

(٥) انظر الكافى (١/ ٢١٠).

والحمار والكلب الأسود[1]، لأن المرور بين يديه لا يوجب قطع الصلاة كمرور الطاهر وغيره من الحيوان.

فصل

ويستحب له أن يصلى فى المواضع التى لا يأمن مرور الناس بين يديه فيها إلى سترة، لأنه ﷺ كان تركز له العنزة[2] فيصلى إليها[3] [ ][4]، حتى يأمن ذلك، وأقل ما يجزى قدر عظم الذراع فى جلة الرمح ونحوه، لأن ذلك مروى عنه ﷺ[5]، وروى مؤخرة الرحل[6]، لأن ما دون ذلك لا يقع به استتاره للطافته وصغره، ولهذا قلنا: إنه لا يخط بين يديه خطًا لأنه لا يتبين للمجتاز إذ لا شخص له يحول بين المار والمصلى.

فصل

ولا يحتاج المصلى إلى البيت إلى سترة بينه وبين الطائفين، لأن الطواف صلاة فهو كمصلى بين يديه صف يصلون، ولأن البيت [ ][7]، فليس لأحد المصلين أولى بالمنع من الآخر.

فصل

وإذا نصب الإمام سترة كانت له ولمن خلفه، لأن المار يعلم أنهم فى صلاة فيمتنع من المرور، لأنه لا يكاد يقع ذلك بين الإمام والصف وإنما يقع بين يدى المصلى إلى الفضاء.

(١) قال ابن قدامة: (ولا يقطع الصلاة إلا الكلب الأسود البهيم هذا المشهور عن أحمد وفى رواية أخرى عنه أنه يقطعها أى: الكلب الأسود والمرأة إذا مرت والحمار)، انظر المغنى لابن قدامة (٢/ ٨٠)، المحرر لمجد الدين بن تيمية (١/ ٧٦).

(٢) هى رُمَيْح بين العصا والرمح فيه زج، انظر القاموس المحيط (٢/ ١٨٤).

(٣) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٦٨٥) ح (٤٩٩)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٦١) ح (٢٥٢/ ٥٠٣).

(٤) طمس فى جميع النسخ.

(٥) عند البخارى ومسلم بلفظ «كان إذا خرج يوم العيد، أمر بالحربة فتوضع بين يديه...»، أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٦٨٢) ح (٤٩٤)، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٥٩) ح (٢٤٥/ ٥٠١).

(٦) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٦٩١) ح (٥٠٧)، عن ابن عمر رضى الله عنهما، ومسلم: الصلاة (١/ ٣٥٨) ح (٢٤٣/ ٥٠٠) عن عائشة رضى الله عنها.

(٧) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ.

فصل

ويكره أن يصلى إلى الحلق والنيام، لأن الحلق يشغلون قلبه بحديثهم، والنائم ربما بدت منه عورة أو حدث[١]، وقد روى: «ولا أصلى إلى نائم ولا محدث»[٢].

فصل

ويكره استتار الرجل بالمرأة، لأنه يتذكر منها ما يفسد صلاته أو يشغل قلبه إلا أن يكون ممن يأمن ذلك منها، ولا بأس به بالصبى إن كان يثبت ولم [يتحرك][٣]، بحيث لا يؤمن أن يتركه، وكذلك الاستتار بالبعير جائز وبالبقرة والشاة، ولا ينبغى ذلك فى الخيل والبغال والحمير لأجل انعزالها.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢١٠).

(٢) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٨٢) ح (٦٩٤)، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣٠٨) ح (٩٥٩)، انظر نصب الراية (٢/ ٩٦).

(٣) مطموس فى الأصول ولعله الصواب.

باب

والجمعة[١] فرض على الأعيان[٢]، لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة:٩]، وقوله ﷺ: «الجمعة على من سمع النداء»[٣]، وقوله: «من تركها ثلاثة متوالية طبع الله على قلبه»[٤]، للإجماع[٥] ممن يعتمد على قوله.

فصل

ووقتها بعد الزوال، خلافًا لمن أجازها قبله[٦]، لقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ [الإسراء:٧٨]، «ولأنه ﷺ: كان يصليها إذا زالت الشمس»[٧]، وعلى ذلك مضى السلف، ولأنها ظهر فأشبهت الظهر فى كل يوم، ويدل على أنها هى الظهر أن كل واحدة منهما تسقط بالأخرى وتنوب منابها إذا أديت على شرائطها.

---

(١) عرف ابن عرفة صلاة الجمعة فى حدوده بقوله: (ركعتان تمنعان وجوب الظهر على رأى أو تسقطها على آخر، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٣٥).

(٢) أى: هى فرض على كل مكلف وقد سبق تعريف الفرض العينى.

(٣) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٧٧) ح (١٠٥٦)، والبيهقى فى الكبرى (٣/ ٢٤٧) ح (٥٥٨١)، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٧٠) ح (٣٣).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٧٦) ح (١٠٥٢)، والترمذى: الصلاة (٢/ ٣٧٣) ح (٥٠٠)، وقال: حسن، والنسائى: الجمعة (٣/ ٧٣) (باب التشديد فى التخلف عن الجمعة)، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٣٥٧) ح (١١٢٥)، ومالك فى الموطأ: الجمعة (١/ ١١١) ح (٢٠)، وأحمد: المسند (٣/ ٥١٩) ح (١٥٥٠٤).

(٥) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٣٨)، المغنى لابن قدامة (٢/ ١٤٢).

(٦) ممن قال بهذا بعض الحنابلة فقد قال صاحب الشرح: (وقال القاضى وأصحابه: أوله أول وقت صلاة العيد، ورواه عبد الله بن أحمد عن أبيه قال: نذهب إلى أنها كصلاة العيد قال مجاهد: ما كان للناس عيد إلا فى أول النهار وقال عطاء: كل عيد حين يمتد الضحى الجمعة والأضحى والفطر)، الشرح الكبير (٢/ ١٦٤)، المحرر لمجد الدين بن تيمية (١/ ١٤٣).

(٧) أخرجه البخارى: الجمعة (٢/ ٤٤٩) ح (٩٠٤) عن أنس رضى الله عنه، ومسلم: الجمعة (١/ ٥٨٩) ح (٣١/ ٨٦٠) عن إياس بن سلمة بن الأكوع، عن أبيه رضى الله عنهما.

فصل

والمشى إليها أفضل من الركوب، «لأنه ﷺ كان يمشى إليها»[١]، ولقوله: «ألا أدلكم على ما يمحو الله به الخطايا ويرفع به الدرجات...» فذكر: «وكثرة الخطا إلى المساجد»[٢]، ولأن الفضيلة فى الطاعات بكثرة المشاق، وهذا للقادر على المشى من غير ضرورة تلحقه، فأما إن منعه طين أو مطر أو بعد مكان أو كان شيخًا كبيرًا أو مريضًا فله أن يركب.

فصل

وشروط الجمعة خمسة: إمام ومسجد وجماعة وخطبة وموضع استيطان وإقامة[٣]، وإنما قلنا: إن الإمام من شرطها لأن النبى ﷺ صلى بأصحابه، ولأن النداء من سنتها والنداء لا يكون إلا للجماعة والإمام من وصف الجماعة.

فصل

وإنما شرطنا المسجد لأنه ﷺ صلاها فى المسجد، ولم يصلها إلا فيه وقد قال: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»[٤].

فصل

وإنما شرطنا الجماعة لأن الإمام يتضمنها، وليس لعددهم حد إلا أن يكونوا جمعًا يمكنهم الثواء[٥] فى موضع واحد وتتقرى بهم قرية.

---

(١) عند ابن ماجه عن ابن عمر بلفظ: «كان رسول الله ﷺ يخرج إلى العيد ماشيًا ويرجع ماشيًا»، أخرجه ابن ماجه: الإقامة (١/ ٤١١) ح (١٢٩٥) وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه مسلم: الطهارة (١/ ٢١٩) ح (٤١/ ٢٥١)، والترمذى: الطهارة (١/ ٧٢) ح (٥١) والنسائى: الطهارة (١/ ٧٦) (باب الفضل فى ذلك)، ومالك فى الموطأ: السفر (١/ ١٦١) ح (٥٥).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٤٩)

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الثواء من الثوى وهى إطالة الإقامة، القاموس المحيط (٤/ ٣١٠).

فصل

وإنما شرطنا العـدد ومنعنا إقامتـها بالواحد والاثنين وشـبهها، لأنه ﷺ صلاها فى عدد»، ولأن من شرطها المصر أو القرية لأجل الجمع.

فصل

وإنما لم نقل: إن من شـرطها الأربعـين وأجـزناها بما دون ذلك من العدد إذا كـانوا بحيث وصفنا خلافًا للشافعى فى قوله: إنها لا تقام بأقل من أربعين[١]، لقوله: «الجمعة على من سمع النداء»[٢]، وقوله: «الجـمعة واجبـة فى كل قرية وإن لم يكن فيـها إلا أربعة»[٣]، وروى أن أسعد بن زرارة صلاها بالمدينة فى بضعة عشر رجلاً حين بايع النبى ﷺ»[٤]، «وصلاها أنس بالبحرين لما بعثه ﷺ باثنى عشر رجلاً»، ولأن ما دون الأربعين جماعة يمكنهم الثواء وتتقرى بهم قـرية فكانوا كأربعين لمن شرط الأربعين، ولا تنفصل من زيادة خمسة أو ستة أو نقصانه عنها.

فصل

وإنما شرطنا الخطبة خـلافًا لعبد الملك[٥] وداود[٦]، لأنه ﷺ صلاها بـخطبة[٧]، وقد

---

(١) قال الإمام الشافعى: (ولم أحفظ أن الجمعـة تجب على أقل من أربعين رجلاً وقد قال غيرنا: لا تجب إلا على أهل مصر جامع)، انظر الأم للشافعى (١/١٦٩)، مغنى المحتاج (١/٢٨٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجـه الدارقطنى: سننه (٢/٧) ح (١) وذكـره ابن حجـر وقال: رواه الدارقطنى وابـن عدى وضعفاه وهو منقطع، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٦١).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/٢٧٩) ح (١٠٦٩)، وابن ماجه: الإقامة (١/٣٤٣) ح (١٠٨٢)، والعدد الوارد فى الحديث «أربعـون رجلاً»، وذكره الحافظ ابن حجـر وقال: إسناده حسن، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٦٠) ح (٦).

(٥) قال الإمـام النووى: (وحكى ابن المنذر عن الحسن البصـرى أن الجمعة تصح بلا خطبـة وبه قال داود وعبد الملك من أصحاب مالك)، مجموع شرح المهذب (٤/٥١٤).

(٦) مجموع شرح المهذب (٤/٥١٤)، المحلى لابن حزم (٥/٤٦).

(٧) عند البخـارى ومسلم عن ابن عمر بلفظ: «كـان النبى ﷺ يخطب قائمًا، ثم يقعـد، ثم يقوم، كما تفعلون الآن)، أخرجه البخارى: الجمعة (٢/٤٦٦) ح (٩٢٠)، ومسلم: الجمعة (٢/٥٨٩) ح (٣٣/٨٦١).

قال: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»(١)، ولأنها فى الكتاب مجملة وبينها بفعله فوجب عتبار جميعه، وقال تعالى: ﴿وتركوك قائمًا﴾ [الجمعة:١١]، فذمهم على ترك الإنصات إليه، فدل ذلك على كونها شرطًا.

فصل

وإنما شرط الاستيطان للاتفاق على أنها لا تجب على أهل البوادى والمسافرين والذين لا قرار لهم ولا وطن(٢).

فصل

وإنما سوينا بين المصر والقرى الصغار والكبار فى وجوب الجمعة على أهلها إذا كانت القرية من البنيان واجتماع الناس فيها على صفة يمكن الإقامة والاستيطان فيها، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها لا تجب على أهل القرى ولا تجب إلا فى مصر(٣)، لقوله عليه السلام: «الجمعة على كل مسلم»(٤)، وروى: «الجمعة فى كل قرية وإن لم يكن فيها إلا أربعة»(٥)، والمقصود من هذا ضرب المثل أن صغرها لا يمنع إقامة الجمعة بها، وروى ابن عباس: «أن أول جمعة جمعت فى الإسلام بعد جمعة جمعت فى مسجد رسول الله ﷺ فى قرية يقال لها جواثًا من قرى البحرين»(٦)، ولأنها إقامة صلاة فلم يكن من شرطها المصر كسائر الصلوات، واعتبارًا بالمصر بعلة أنه موضع بنى للإقامة والاستيطان، وكون أهله عددًا ينعقد بهم الجمعة.

فصل

ويجب على كل من كان خارجًا عن المصر السعى إليها إذا كان من المصر على ثلاثة أميال أو ما قاربها، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: «إنه لا يلزم من كان خارجًا من المصر

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الإجماع لابن المنذر (ص ٣٨)، المغنى (٢/١٧٣).

(٣) انظر الاختيار للموصلى (١/١٠٦)، بدائع الصنائع (١/٢٥٩).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/٢٧٩) ح (١٠٦٧)، والبيهقى فى الكبرى (٣/٢٦٠) ح (٥٦٣٢) والطبرانى فى الكبير (٨/٣٢١) ح (٨٢٠٦)، انظر تلخيص الحبير (٢/٦٩) ح (٣١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى: الجمعة (٢/٤٤١) ح (٨٩٢)، وأبو داود: الصلاة (١/٢٧٩) ح (١٠٦٨).

المجيء إليها، قربت مسافته أو بعدت[١]، لقوله تعالى: ﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ فعم، وقوله ﷺ: «الجمعة على من سمع النداء»[٢]، ولأنه صحيح لو كان فى المسجد لزمته الجمعة فوجب إذا كان على مسافة من المصر بحيث يسمع منها النداء أن تلزمه، أصله: إذا كان فى البلد لأنها مسافة يسمع منها نداء الجمعة بالمصر فلزم أهلها السعى إليها فهو من جملة من كان بأطراف المصر.

فصل

وإنما حددنا بثلاثة أميال وما قاربها، خلافًا للشافعى وغيره ممن زاد فى ذلك أو نقص[٣]، لأن تلك عادة ما يسمع منه النداء إذا كانت الرياح ساكنة والأصوات هادئة، وكان المؤذن صيتًا وذلك معلوم بالتجربة والعادة ممن جربه وأمتحنه، وقد روى فى بعض الأحاديث، «الجمعة على من كان من المصر على ثلاثة أميال»[٤] ولأن أهل العوالى[٥] كانوا يشهدون الجمعة مع رسول الله ﷺ بأمره، وهم بالعوالى على ثلاثة أميال[٦].

فصل

إذا ثبت ذلك فالاعتبار بأن يكون بينه وبين موضع النداء من المصر هذه المسافة، ولا يراعى أن يكون بينه وبين طرف المصر ثلاثة أميال إذا كان بين طرف المصر وبين موضع

---

(١) الهداية للمرغينانى (١/٨٩)، الاختيار للموصلى (١/١٠٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الإمام النووى: (تجب على من يمكنه إذا فعلها أن يرجع إلى أهله فيبيت فيهم وقال الزهرى: تجب على من بينه وبين البلد ستة أميال وقال مالك والليث: ثلاثة أميال وقال محمد ابن المنذر وربيعة أربعة: أميال وهى رواية عن الزهرى. وقال أبو حنيفة: وسائر أهل الرأى: لا تجب على من هو خارج البلد سمع النداء أم لا وحكى الشيخ أبو حامد عن عطاء أنها تجب على من هو على عشرة أميال)، مجموع شرح المهذب (٤/٤٨٨).

(٤) انظر مصنف ابن أبى شيبة (٢/١٠٤)، وأخرج الحافظ الأحاديث الدالة على الأكثر من ثلاثة أميال من طرق فى «الكبرى» فى الجمعة (٣/٢٤٩ ـ ٢٥٠) ح (٥٥٩٣، ٥٥٩٤، ٥٥٩٥، ٥٥٩٦).

(٥) مكان بالمدينة على بعد أربعه أميال أو ثلاثة وقيل: ستة، وقيل: هى عبارة عن القرى المجتمعة حول المدينة من جهة نجدها، وأما ما كان من جهة تهامتها فيقال لها: السافلة) بتصرف، انظر فتح البارى (٢/٣٥ ـ ٣٦).

(٦) أخرجه البخارى: الجمعة (٢/٤٤٧) ح (٩٠٢)، ومسلم: الجمعة (٢/ ٥٨١) ح (٦/٨٤٧).

النداء مسافة أخرى، لأن ذلك يوجب السعى إلى الجمعة من خمسة أميال و [ ][١]، وذلك غير واجب.

فصل

ولا تجب الجمعة على عبد خلافًا لداود[٢] لقوله ﷺ: «الجمعة حق واجب على كل مسلم فى جماعة إلا أربعة فذكر العبد المملوك»[٣]. وهى عبادة [علقت][٤] بموضع مخصوص يتعلق بقطع مسافة كالحج، ولأنه ذو نقص فى نفسه، مؤثر فى قول شهادته، كالمرأة ولا يلزم عليه [الفاسق][٥] لنقصه فى فعله لا فى نفسه.

فصل

اختلف فى إمامته فى الجمعة، فقال ابن القاسم: لا تجوز، وقال أشهب: تجوز ولابن القاسم أن كل من تلزمه الجمعة لنقص فى نفسه لم يصح أن يكون إمامًا فيها، أصله: المرأة والصبى، ولأشهب أن كل من جاز أن يكون إمامًا للرجال فى غير الجمعة من الفروض جاز أن يكون لهم إمامًا فى الجمعة، أصله: الحرة[٦]، وإنما قلنا فى الفروض احترازًا من الصبى.

فصل

ولا جمعة على المرأة ولا على الصبى، لقوله: «الجمعة على كل مسلم إلا أربعة العبد والمرأة والصبى والمريض»[٧]، ولأن الصبى ناقص عن بلوغ التكليف فلا تلزمه عبادات الأبدان، فأما المريض فإن كان مرضه لا يمنعه السعى فالجمعة عليه، وإن كان مانعًا له منها سقطت الجمعة عنه، وأما المسافر فلا جمعة عليه، لأنه لا جماعة عليه لأن

---

(١) مطموس فى جميع النسخ.
(٢) قال فى المجموع: (وقال داود: تجب عليه مطلقًا وهى رواية عن أحمد)، انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٤٨٥).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ثبتت فى (أ) (إضافات).
(٥) ثبتت فى (أ) (القياس).
(٦) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٤٦).
(٧) تقدم تخريجه.

من شرطها الإقامة ومن حضرها من هؤلاء أجزأتهم عن فرضهم.

فصل

وليس من شرط وجوب الجمعة ولا من شرط صحتها ولاية من السلطان، خلافًا لأبي حنيفة[١]، لقوله: ﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ فعم، ولم يشترط إذن السلطان، ولأن السلطان لا يكون شرطًا فى وجوب الصلوات اعتبارًا بسائر الصلوات.

فصل

الأفضل أن يخطب على وضوء، لأن ذلك فعل رسول الله ﷺ والسلف بعده، ولأنها آكد من الأذان لأنها شرط فى صحة الجمعة، والأذان ليس بشرط فإذا استحب ذلك فى الأذان ففى الخطبة أولى، وإن أذن وخطب محدثًا كره له ذلك وجاز، خلافًا للشافعى فى أحد قوليه[٢]، ولأنه ذكر للصلاة يتقدم عليها فلم يكن من شرطه الطهارة كالأذان والشهادتين.

فصل

إذا اقتصر على التهليل والتسبيح، قال ابن عبد الحكم: يجزيه من الخطبة، وقال ابن القاسم: لا يجزيه إلا أن يأتى بما يكون عند العرب خطبة، فلابن عبد الحكم أنه أتى بلفظ فيه تعظيم لله وتكبير فأجزاه من الخطبة، أصله: إذا طال ووصله بأمثال أو ضم إليه موعظة، ولابن القاسم أنه إن لم يقع عليه اسم خطبة لم يجزه لقيام الدليل على اشتراط الاسم[٣].

---

(١) قال الموصلى: (ولا بد من السلطان أو نائبه لأنه لولا ذلك لاختار كل جماعة إمامًا فلا يتفقون على واحد فتقع بينهم المنازعة فربما خرج الوقت ولا يصلون ولأن ذلك يفضى إلى الفتنة ومع وجود السلطان لا). انظر الاختيار للموصلى (١/١٠٧)، بدائع الصنائع (١/ ٢٦١).

(٢) قال الإمام النووى: (هل يشترط فى صحة الخطبة الطهارة عن الحدث والنجس فى البدن والثوب والمكان وستر العورة) قولان، الجديد: اشتراط كل ذلك ثم قيل الخلاف مبنى على أنهما بدل من الركعتين. أم لا وقيل: على أن الموالاة فى الخطبة شرط أم لا فإن شرطنا الموالاة شرطنا الطهارة وإلا فلا)، انظر روضة الطالبين (٢/٢٧)، مجموع شرح المهذب (٤/ ٥١٥).

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٤٥).

فصل

صفة الخطبة أن يكون فيها كلام منظوم، يحمد الله تعالى فيه ويصلى على نبيه ويأتى بموعظة، فإن اقتصر على بعض ذلك أجزاه بعد أن يأتى بما يقع عليه الاسم، وقال الشافعى: لابد فيها من هذه الأصناف، ومعه شىء من القرآن، فإن أخل به فلا يجزيه[1]، ودليلنا أنه أتى بما يقع عليه الاسم فأشبه إذا ضم إليه الموعظة والقراءة.

فصل

السنة فى الخطبة أن يجلس فى أولها ووسطها، «لأنه ﷺ كذلك فعل»[2]، فإن وصل ذلك ولم يجلس فقد ترك السنة وأجزاه، خلافًا للشافعى[3]، لأنه إذا أتى بما يسمى خطبة فأشبه أن يأتى بها على الوجه الذى يتفق عليه.

فصل

للجمعة أذانان، أحدهما: عند الزوال، والآخر: عند جلوس الإمام على المنبر، وهذا الثانى آكد من الأول لأنه الذى كان يفعل على عهد النبى ﷺ، وأما الذى يؤتى به عند الزوال، ففى أيام عثمان رضى الله عنه لأن الناس كثروا[4] واحتاج إلى زيادة فى إعلامهم، ويؤذن لها على المنار لأنه كذلك كان يفعل فى عهده عليه الصلاة والسلام، فأما أذانهم جميعًا بين يدى الإمام وهو على المنبر، فإنه محدث أُنشىء فى زمان بعض بنى أُمية، ويأخذ الإمام فى الخطبة بعد الفراغ من الأذان الذى يؤتى به وهو على المنبر.

فصل

ويمنع الناس بعد جلوس الإمام على المنبر وأخذ المؤذنين فى الأذان من البيع والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر

---

(١) الأم للشافعى (١/١٧٨)، روضة الطالبين (١/ ٢٤ ـ ٢٥).

(٢) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٨٤) ح (١٠٩٢)، وذكره الحافظ الزيلعى وقال: والعمرى فيه مقال، انظر نصب الراية (٢/١٩٦ ـ ١٩٧).

(٣) لأنه يرى أن الجلسة بينهما واجبة على الإمام، الأم للشافعى (١/١٧٧)، المهذب للشيرازى (١/١١١).

(٤) أخرجه البخارى فى الجمعة (٢/٤٥٧) ح (٩١٢)، وأبو داود: الصلاة (١/٢٨٣) ح (١٠٨٧).

الله وذروا البيع﴾ [الجمعة:٩]، ولا خلاف فى ذلك، فإن باع بعض من تلزمه الجمعة فى ذلك الوقت فسخ البيع على الظاهر من المذهب، خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لأن النهى يدل على فساد المنهى عنه، ولأنه عقد منع لأجل حق الله تعالى والتشاغل بعبادة لا يصلح قضاؤها فأشبه النكاح فى العدة.

فصل

إذا دخل والإمام فى الخطبة جلس ولم يركع، خلافًا للشافعى[3]، بقوله: «إذا قلت لصاحبك أنصت والإمام يخطب فقد لغوت»[4]، فنبه بذلك على أن ما كان أكثر منه أولى بالمنع، ولأنها صلاة افتتحت والإمام يخطب فيجب منعها، أصله: إذا كان جالسًا، ولأن فى ذلك ذريعة إلى التشاغل عن الإمام والتهاون لخطبته وترك الإنصات له.

فصل

والإنصات له واجب، لقوله تعالى: ﴿وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا﴾ [الأعراف:٢٠٤]، قيل ذلك فى الخطبة، ولقوله: «إذا قلت لصاحبك أنصت والإمام يخطب فقد لغوت»[5]، هذا تنبيه على منع كل تشاغل عن الإنصات من حديث أو صلاة أو قراءة أو أى شىء كان.

فصل

ولا يسلم إذا صعد على المنبر، خلافًا للشافعى[6]، ولأنه لم يرد فى شىء من

---

(١) قال المرغينانى: (وذلك يكره ولا يفسد به البيع لأن الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٥٩)، الاختيار للموصلى (٢/ ٣٢).

(٢) وعنده يكره أيضًا، قال النووى: (وأما البيع فإن كان قبل الزوال لم يكره وإن كان بعده وقبل ظهور الإمام كره فإن ظهر الإمام وأذن المؤذن حرم. ولا يبطل البيع)، انظر مجموع شرح المهذب (٤/ ٥٠٠).

(٣) قال الإمام الشافعى: (فآمر من دخل المسجد والإمام يخطب والمؤذن يؤذن ولم يصلِّ ركعتين أن يصليهما ونأمره أن يخففهما فإنه روى فى الحديث أن النبى ﷺ أمر بتخفيفهما)، انظر الأم (١/ ١٧٥)، روضة الطالبين (٢/ ٣٠).

(٤) أخرجه البخارى: الجمعة (٢/ ٤٨٠) ح (٩٣٤)، ومسلم: الجمعة (٢/ ٥٨٣) ح (١١/ ٨٥١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) قال النووى: (قال أصحابنا يسن للإمام السلام على الناس مرتين إحداهما عند دخوله المسجد =

الروايات الثابتة عن النبى ﷺ أنه كان يسلم، وإنما هو شىء محدث، ولأن صعوده على المنبر تشاغل بافتتاح عبادة وليس فى العبادات ما سن فيه سلام الإمام على من أمَّه، ولأنه ذكر يتقدم للصلاة فأشبه الأذان ولأنها خطبة كالثانية.

فصل

والقراءة فى الجمعة جهراً، ولأنه ﷺ كان يجهر فيها بالقراءة، ولأنها صلاة بخطبة، وكل صلاة بخطبة فالقراءة فيها جهراً، ويستحب فى الأولى بسورة الجمعة، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الجمعة وغيرها سواء[1]، «لأنه ﷺ كان يقرأ بها فى صلاة الجمعة» ويداوم عليها[2]، ولأنها تشتمل على أشياء من أحكام الجمعة: من وجوب صلاتها والسعى والمبادرة إلى فعلها وترك ما يشغل عنها من البيع نصًا وتنبيهًا وأحكام الخطبة ووجوب الإنصات، فكانت أولى من غيرها، وأما الثانية فقد روى: «أنه ﷺ كان يقرأ ﴿إذا جاءك المنافقون...﴾»[3]، وروى: ﴿هل أتاك حديث الغاشية...﴾[4]، وروى: ﴿سبح اسم ربك الأعلى...﴾[5]، وكل ذلك واسع.

ومن أدرك مع الإمام ركعة من الجمعة ضم إليها أخرى، لأنه بإدراكه ركعة منها

= يسلم على من هناك وعلى من عند المنبر إذا انتهى إليه ـ الثانية ـ إذا وصل أعلى المنبر وأقبل على الناس بوجهه يسلم عليهم»، مجموع شرح المهذب (٥٢٧/٤)، روضة الطالبين (٣١/٢).

(١) قال الشيخ الكاسانى: (وينبغى للإمام أن يقرأ فى كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة مقدار ما يقرأ فى صلاة الظهر ولو قرأ فى الركعة الأولى بفاتحة الكتاب وسورة الجمعة وفى الثانية بفاتحة الكتاب وسورة المنافقين تبركًا بفعل رسول الله ﷺ فحسن فإنه روى أنه كان يقرأهما فى صلاة الجمعة وروى أنه قرأ فى صلاة العيدين والجمعة سبح اسم ربك الأعلى والغاشية فإن تبرك بفعله ﷺ وقرأ هذه السورة فى أكثر الأوقات فنعم ما فعل ولكن لا يواظب على قراءتها بل يقرأ غيرها فى بعض الأوقات حتى لا يؤدى إلى هجر بعض القرآن ولئلا تظنه العامة حتمًا ويجهر بالقراءة فيها لورود الأثر فيها بالجهر)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢٦٩/١).

(٢) أخرجه مسلم: الجمعة (٥٩٨/٢) ح (٨٧٨/٦٣)، وأبو داود: الصلاة (٢٩١/١) ح (١١٢٣) ومالك فى الموطأ: الجمعة (١١١/١) ح (١٩).

(٣) أخرجه مسلم: الجمعة (٥٩٧/٢) ح (٨٧٧/٦١)، وأبو داود: الصلاة (٢٩٢/١) ح (١١٢٤) والترمذى: الصلاة (٣٩٦/٢) ح (٥١٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه مسلم: الجمعة (٥٩٨/٢) ح (٨٧٨/٦٢)، وأبو داود: الصلاة (٢٩١/١) ح (١١٢٢)، والنسائى: الجمعة (٩٢/٣) (باب ذكر الاختلاف على النعمان بن بشير).

مدرك لها، وإن أدركه بعد رفع رأسه من الركعة الثانية فقد فاتته، فيصلى ظهراً أربعًا، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يصلى جمعة[١] لقوله: «من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدركها»[٢]، فدل أن ما دونها لا يقع به الإدراك، وروى أيضًا فى الجمعة، وإن أدركهم فى التشهد صلى أربعًا، ولأنه أدركه بعد رفعه من الركوع فأشبه إدراكه بعد قعوده قدر التشهد.

فصل

من صلى الظهر يوم الجمعة فى بيته قبل صلاة الإمام فلا يجزؤه[٣]، لأن فرض الوقت الجمعة فلا تسقط إلا بفعلها، يدل عليه قوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة:٩]، وقوله ﷺ: «الجمعة حق واجب على كل مسلم»[٤]، وكذلك لو صلاها فى وقت أو سعى إلى الجمعة لأدركها أو ركعة منها، وإن كان فى وقت لو مضى إليها لم يدرك منها ركعة أجزاه لأنه لا يقدر حينئذ على فعلها.

فصل

من فاتته الجمعة ضربان: معذور يظهر عذره مثل المرضى، والمحبسين ومن أشبههم وهؤلاء يجوز لهم أن يصلوا الظهر فى جماعة لأنهم على الأصل وظاهر العذر، ومنهم من لم يظهر عذره فيكره له أن يصلى الظهر فى جماعة[٥] خلافًا للشافعى[٦]، ولأن فى ذلك نظراً لأهل البدع أن يتركوا الجمعة ويصلوا الظهر خلف من يعتقدون إمامته وجواز

(١) قال المرغينانى: (ومن أدرك الإمام فى التشهد أو فى سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رحمه الله: إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وإن أدرك أقلها بنى عليها الظهر لأنه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط فى حقه فيصلى أربعًا اعتباراً للظهر، انظر الهداية (١/ ٩١)، الفتاوى الهندية (١/ ١٤٩).

(٢) أخرجه البخارى: المواقيت (٢/ ٦٨) ح (٥٨٠)، ومسلم: المساجد (١/ ٤٢٣) ح (١٦١/ ٦٠٧).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٤٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٤٨).

(٦) قال الخطيب الشربينى: (ومن لا جمعة عليهم وهم ببلد الجمعة تسن الجماعة فى ظهرهم فى وقتها فى الأصح لعموم الأدلة الطالبة للجماعة والثانى لا لأن الجماعة فى هذا اليوم شعار الجمعة أما إذا كانوا فى غير بلد الجمعة فإنها تستحب لهم إجماعًا كما فى المجموع)، انظر مغنى المحتاج (١/ ٢٧٩).

الصلاة خلفه ويظهرون أن الصلاة فاتتهم.

فصل

من أصابه حدث يوم الجمعة لم يلزمه استئذان الإمام فى الخروج لطهارته لأن استئذان الإمام بما يجب فيما إليه منعه والإذن فيه، وهذا مما لا يجوز له منعه لو أراده، فكان كاستئذان فى خلع عمامته أو نعله أو غير ذلك مما لا إذن له به، وقوله تعالى: ﴿وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه﴾ [النور:٦٢] وارد فى غير هذا.

فصل

إذا اتفق عيد وجمعة لم يسقط أحدهما الآخر، خلافًا لمن قال: إن حضور العيد يكفى عن الجمعة[١]، لقوله تعالى: ﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة :٩]، وقوله ﷺ: «الجمعة على كل مسلم»[٢]، ولأن شرائط الجمعة موجوده فلزم أداؤها، أصله: إذا لم يكن يوم عيد لأن صلاة العيد سنة فلم تسقط فرضًا، أصله: الكسوف، ولأن الجمعة آكد من العيد لأنها فرض فإذا لم يسقط الأضعف كان الأضعف أولى بأن لا يسقط الأكبر.

فصل

لا تنعقد جمعتان فى مصر واحد، خلافًا لمن أجازه[٣]، لأن النبى ﷺ لم يجزها إلافى موضع واحد، ولو جازت فى أكثر منه لبينه قولاً وفعلاً، ولأنه مصر انعقدت فيه الجمعة فلم تنعقد فيه أخرى كالثالثة والرابعة.

---

(١) ممن قال بسقوطها الشعبى والنخعى والأوزاعى وقيل هذا مذهب عمر وعثمان وعلى وسعيد وابن عمر وابن عباس وابن الزبير والحنابلة)، انظر المغنى لابن قدامة (٢/ ٢١٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الكاسانى: (وأما إقامة الجمعة فى مصر واحد فى موضعين فقد ذكر الكرخى أنه لا بأس بأن يجمعوا فى موضعين أو ثلاثة عند محمد هكذا ذكر وعن أبى يوسف روايتان فى رواية قال: لا يجوز إلا إذا كان بين موضعى الإقامة نهر عظيم كدجلة أو نحوها فيصير بمنزلة مصرين وفى رواية قال: «يجوز فى موضعين إذا كان المصر عظيمًا ولم يجز فى الثلاث وإن كان بينهما نهر صغير لا يجوز فإن أدوها فى موضعين فالجمعة لمن سبق منهما: وروى محمد عن أبى حنيفة أنه يجوز الجمع فى موضعين أو ثلاثة أو أكثر من ذلك)، بدائع الصنائع (١/ ٢٦٠)، الهداية للمرغينانى (١/ ٨٩).

فصل

غسل الجمعة سنة مؤكدة، لقوله: «من جاء الجمعة فليغتسل»[١]، وقوله: «غسل الجمعة واجب على كل محتلم»[٢]، وليس بواجب لزوم وحتم، خلافًا لمن ذهب إلى ذلك[٣]، لقوله: «من جاء الجمعة فتوضأ فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل»[٤]، ولأنها صلاة شرعية فلم يكن من شرطها غسل زائد على رفع الحدث كسائر الصلوات.

فصل

ومن سنته أن يكون واصلاً بالرواح[٥] ، فإن تراخى عنه تراخيًا شديدًا لم يكن الغسل المأمور به، خلافًا لابن وهب وسائر الفقهاء[٦]، لقوله: «إذا راح أحدكم إلى الجمعة فليغتسل»[٧]، والشرط لا يتأخر عن المشروط، ولأن الغرض طيب البدن وزوال روائح المهن التي كان يتأذى بها، ومتى تأخر الرواح عنه زال هذا المعنى والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري: الجمعة (٢/ ٤٤٣) ح (٨٩٤)، ومسلم: الجمعة (٢/ ٥٧٩) ح (٢/ ٨٤٤).

(٢) أخرجه البخاري: الجمعة (٢/ ٤١٥) ح (٨٧٩)، ومسلم: الجمعة (٢/ ٥٨٠) ح (٥/ ٨٤٦).

(٣) هذه إحدى الروايتين عند الإمام أحمد: قال موفق الدين بن قدامة: (ويستحب أن يغتسل ويتطيب: وعنه أن الغسل واجب والأول المذهب)، انظر الكافي لابن قدامة (١/ ٣٣٤)، الشرح الكبير (ط. دار الفكر) (١/ ٤٨٥).

(٤) أخرجه أبو داود: الطهارة (١/ ٩٥) ح (٣٥٤)، والترمذي: الصلاة (٢/ ٣٦٩) ح (٤٩٧) وقال: حسن، والنسائي: الجمعة (٣/ ٧٦) (باب الرخصة في ترك الغسل يوم الجمعة)، وأحمد: المسند (٥/ ٢١) ح (٢٠١٩٥)، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٧١) ح (٣٦).

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٣٦).

(٦) قال النووي: (ولو اغتسل للجمعة بعد طلوع الفجر أجزاه عندنا وعند الجمهور حكاه ابن المنذر عن الحسن ومجاهد والنخعي والثوري وأحمد وإسحاق وأبي ثور)، انظر مجموع شرح المهذب (١/ ٥٣٦).

(٧) أخرجه البخاري: الجمعة (٢/ ٤٣٠) ح (٨٨٢)، والنسائي: الجمعة (٣/ ٨٦) (باب حض الإمام في خطبته على الغسل يوم الجمعة).

باب

وصلاة الخوف بأذان وإقامة، لأنها صلاة تؤدى فى جماعة كسائر الصلوات.

فصل

صلاة الخوف هى الصلاة المكتوبة، يحضر وقتها والمسلمون محاربون لعدوهم، ولا يخلو ذلك أن تكون فى حضر أو سفر، فإن كانوا فى سفر صلاها الإمام بهم مقصورة، يصلى بكل طائفة ركعة على ما نبينه، وإن كانوا فى حضر صلى بهم تامة بكل طائفة ركعتان، فإن كانت من الصلوات التى لا تقصر: فإن كانت الصبح صلى بكل طائفة ركعة، وإن كانت المغرب صلى بالطائفة الأولى ركعتين وبالثانية ركعة[1].

والوجه فيها أن يقسم الإمام العسكر فرقتين يصلى بإحداهما يقيم لأخرى بإزاء العدو، فيصلى بالطائفة التى معه ركعة إن كانوا فى سفر، أو ركعتين إن كانوا فى حضر، ثم تتم الطائفة التى معه ما بقى عليها وتسلم وتنصرف. وفى السفر يقوم إلى الثانية وينتظر مجىء الثانية قائمًا، وفى الحضر إذا خرج من التشهد فى الركعة الثانية فيها روايتان:

إحداهما: أنه يشير إليهم بالفراغ ليتموا، فإذا بدأت الطائفة الأخرى قام وصلى بهم.

والأخرى: أنه يقوم إلى الثالثة فيعلم الناس فراغه فيتمون لأنفسهم، ثم إذا جاءت الطائفة الأخرى أتم بقية الصلاة. فإذا فرغ من تشهده ففيها روايتان إحداهما: أنه يشير إليهم فيتمون، والأخرى: أنه يسلم ثم يتمون بعد سلامه، وفى المغرب روايتان: إحداهما: أنه يشير إليهم بعد فراغه من تشهد الركعة الثانية، والأخرى: أنه يقوم إلى الركعة الثالثة فينتظر الفرقة الأخرى[2].

فصل

وإنما قلنا: إن صلاة الخوف على هذه الصفة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الإمام

(١) انظر المدونة الكبرى (١/١٤٩).
(٢) المدونة الكبرى (١/١٤٩).

يصلى بالطائفة الأولى ركعة بسجدتيها ثم تنصرف فتقف بإزاء العدو، ثم تأتى الأخرى فيصلى بهم الركعة الثانية ويتشهد ويسلم، ثم تنصرف هذه الطائفة وتقف بإزاء العدو وتعود الطائفة الأُولى فيقضون لأنفسهم ركعة وسجدتين وحدانًا وتتشهد وتسلم ثم تنصرف وتقف بإزاء العدو، وتأتى الأخرى فتقضى كذلك[1]، لأنا روينا صلاة الخوف من طريق صالح بن خوات، عن سهل بن أبى حثمة على الصفة التى ذكرناها[2]، وهم صاروا إلى أخبار رووها، فالكلام بيننا فى ترجيح الأخبار، فوجدنا أخبارنا أولى بالمصير إليها لأمور منها: أنها أكثر عددًا لأنها مروية عن ثلاثة من الصحابة، وسائر ما رووه مروى عن واحد إلا حديث ابن مسعود، وهو حديث مختلف عليه فيه[3]، ولأن ظاهر القرآن معنا: وهو قوله تعالى: ﴿**فلتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم فإذا سجدوا فليكونوا من ورائكم**﴾ [النساء:١٠٢]، فأفردهم بالسجود، فاقتضى ذلك أن يسجدوا لأنفسهم سجودًا ينفردون به لايشركهم فيه الإمام مع كون الإمام فى الصلاة لقوله: ﴿**ولتأت طائفة أُخرى لم يصلوا فليصلوا معك**﴾ [النساء:١٠٢]، وهذا لا يمكن إلا على ما نقوله: إن كل طائفة تصلى ما بقى عليها حال صلاة الإمام، وعلى قول أبى حنيفة لا تصح، لأن القضاء عنده لا يكون إلا بعد فراغ الإمام من الصلاة لكلتا الطائفتين[4].

قال أحمد بن المعذل: ولأن ما قلناه أحوط لأن انصراف الطائفة الأُولى التى قد صلت مع الإمام ركعة إلى مكان الطائفة الواقعة بإزاء العدو، وإنما هو للحفظ والحراسة، فيجب أن تكون تقف فى مكانها وهى فارغة لما قصدت له غير مشتغلة بمراعاة ما سواه، لأن ذلك أمكن فى التحرز وأشبه بالمعنى الذى استدعيت له، ولأنهم ربما احتاجوا فى التحفظ إلى كلام وصياح وغير ذلك من العمل الذى يبطل الصلاة بكثرته، فيزول ما بنى عليه أمر صلاة الخوف من التحفظ للصلاة.

---

(١) ذكر هذه الصفة الموصلى فى الاختيار (١/ ١١٦)، الهداية للمرغينانى (١/ ٩٥ ـ ٩٦).

(٢) أخرجه البخارى: المغازى (٧/ ٤٨٦) ح (٤١٣١) ، ومسلم: المسافرين (١/ ٥٧٥) ح (٣٠٩/ ٨٤١).

(٣) أخرجه أبو داود: الصلاة (٢/ ١٦) ح (١٢٤٤ ـ ١٢٤٥)، والدارقطنى: سننه (٢/ ٦١ ـ ٦٢) ح (١٥)، والبيهقى فى الكبرى (٣/ ٣٧٠) ح (٦٠٤٤).

(٤) الهداية للمرغينانى (١/ ٩٦)، الاختيار للموصلى (١/ ١١٦).

فصل

وإنما قلنا: إن الإمام ينتظرهم، فإذا فرغوا سلم بهم، وهو قول الشافعي[١] فوجهه قوله تعالى: ﴿ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك﴾ [النساء:١٠٢] ، وهذا يفيد جميع صلاتهم، وأنه يؤدى إلى التسوية بين الطائفتين فى الفضيلة فكان أولى، ولأن الخبر بذلك مسند[٢]، والخبر الآخر موقوف على صحابى، وهو سهل بن أبى حثمة[٣]، فإذا قلنا: إنه لا يسلم بهم، وهو الظاهر من المذهب فلأن تغيير صلاة الخوف إنما جاز للضرورة فإذا استوت الحال حملناها على الأصل، ولا فصل بين سلام الإمام قبلهم وبين انتظاره إياهم فى باب الضرورة، ولأن انتظاره إياهم زيادة عمل فى الصلاة غير محتاج إليه لأجل الخوف وذلك مكروه، ويفارق قيامه من الركعتين، لأن ذلك لانتظار الطائفة الأخرى، وذلك محتاج إليه فى صلاة الخوف، ولأن المأمومين لا يقفون على فراغه من التشهد إلا بإشارة منه أو التفات أو غير ذلك مما يشعرهم به، وذلك زيادة عمل فكان التسليم أولى به، ولأنه قد لا يصل إلى العلم بفراغهم جميعهم من تلك الركعة لاختلافهم فى القضاء من السرعة والإبطاء فلا يخلو أن يسلم بهم على حسب ما يغلب على ظنه من فراغهم، فتفوت الفضيلة بعض الطائفة أو أن ينتظرهم ما يعلم بالعادة أن جميعهم قد فرغوا، فذلك زيادة فى صلاته غير محتاج إليها، لأن الطائفة الأولى لما كان ابتداؤها فى القضاء بعد انفصاله عن الركعة الأولى، فيجب أن تكون كذلك الطائفة الأخرى، وهذا لا يمكن إلا بعد سلامه لأنه ما لم يسلم فهو فى الصلاة.

فصل

وإنما قلنا فى المغرب: يصلى بالطائفة الأولى ركعتين خلافًا لما قال بعض الشافعية أنه يجىء على قوله أنه يصلى بالأولى ركعة وبالثانية ركعتين، لأن صلاة الخوف مبنية على التخفيف للتحرز والتحفظ من العدو[٤]، وما ذكرناه أقرب إلى المقصود لأنه إذا صلى

---

(١) انظر مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (١/ ٣٠١)، روضة الطالبين (٣/ ٥٠).

(٢) أخرجه البخارى: المغازى (٧/ ٤٨٦) ح (٤١٢٩) ومسلم: المسافرين (١/ ٥٧٥) ح (٣١٠/ ٨٤٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال النووى: (إذا صلى المغرب فى الخوف جاز أن يصلى بالطائفة الأولى ركعة وبالثانية ركعتين وعكسه وأيهما أفضل فيه قولان: أظهرهما: بالأولى ركعتين ومنهم من قطع به. روضة الطالبين (٢/ ٥٤)، مغنى المحتاج: (١/ ٣٠٣).

بالأولى ركعتين وقف لانتظار قضاء ركعة، فكان أولى وقوفه لانتظار قضاء ركعتين، ولأن صلاة الخوف مبنية على المساواة، فإذا لم يمكن انقسام الركعة كان صلاته إياها بالأولى أولى لأن أول الصلاة أكمل من آخرها، ألا ترى أنه يقرأ فى الأوليين بالحمد وسورة جهراً، وفى الثانية سراً بالحمد، فعلم أن الثانية فى حكم أول الصلاة.

فصل

ووجه قوله: إنه إذا فرغ من تشهده أشار إليهم فقاموا للقضاء هو أن صلاة الخوف مبنية على المساواة وانتظاره إياهم فى الجلوس أقرب إلى المساواة لأنهم يدركونه فى أول قيامه، ووجه قوله: إنه ينتظرهم قائمًا ما قاله عبد الملك[1] أنه لا غاية لقعوده ولا أمارة يعلمون بها فراغه من تشهده وأوان قيامهم لقضاء ما عليهم لا يمكن إلا بأن يشير إليهم، وذلك زيادة عمل فى الصلاة مستغنى عنه فكان انتظاره إياهم قائمًا أولى.

فصل

صلاة الخوف جائزة فى هذا الوقت، خلافًا لأبى يوسف فى قوله: إنها ما أجيزت إلا للنبى ﷺ[2]، لقوله عز وجل: ﴿وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة﴾ [النساء:١٠٢]، والأصل أنا مساوون له فى الأحكام إلا ما قام الدليل على خصوصه، ولقوله: «صلوا كما رأيتمونى أصلى»[3]، وهذا عام فى صلاة الخوف وغيرها، ولأن الصحابة قد صلوها بعده وأفتوا بجوازها[4]، ولأنه عذر يغير نية الصلاة، فكان حكمنا فيه حكمه كالسفر والمرض، ولأن المعنى الذى له أجيزت صلاة الخوف حراسة المسلمين والتحرز من العدو وهذا لا يختص بزمان دون زمان.

فصل

إذا اشتد خوفهم فلم يقدروا على أن يصلوا جماعة صلوا على حسب طاقتهم ركبانًا ورجالة ومشاء وإيماء لأنهم لا يقدرون على غير ذلك[5]، والله أعلم.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٥٤).

(٢) انظر الفتاوى الهندية (١/ ١٥٤)، المغنى لابن قدامة (٢/ ٢٦٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/ ٣٥٨) ح (٦٠٠٨) من حديث أبى العالية قال: صلى بنا أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه بأصبهان صلاة الخوف، وفى الباب أن عليًا رضى الله عنه، صلى المغرب صلاة الخوف ليلة الهرير.

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٥٤).

باب : صلاة العيدين

صلاة العيدين[1] سنة مؤكدة، خلافًا لمن قال: إنها فرض على الكفاية[2]، لأنها صلاة تشتمل على ركوع وسجود، وليست بفرض على الأعيان، فلم تكن فرضًا على الكفاية كسائر النوافل، ولأنها ذات ركوع وسجود، وليس من سنتها الأذان بوجه كالاستسقاء.

فصل

وإنما قلنا: إنها سنة مؤكدة لأنه ﷺ صلاها وجمع لها وأمر بها وحض عليها وخطب فيها[3]، فوجب بذلك كونها سنة مؤكدة.

فصل

الغسل لها مستحب لأنه يوم عيد فاستحب فيه الغسل كالجمعة، ولأن ذلك مروى عن النبى ﷺ[4] وعن السلف، ويجوز أن يغتسل لها قبل الفجر بخلاف الجمعة، والفرق بينهما أن وقت صلاة العيد غدوة، فيقرب من وقت الاغتسال وصلاة الجمعة بعد الزوال فلو أجزنا الاغتسال لها قبل الفجر لبعد ما بينه وبين الصلاة وزال معنى تعليقه بالرواح.

فصل

ويستحب فيها الزينة والطيب، لقوله ﷺ: «يا معشر المسلمين، إن هذا يوم جعله الله

---

(١) واحد العيدين عيد وهو يوم الفطر ويوم الأضحى وسمى بذلك قال القاضى عياض: لأنه يعود ويتكرر لأوقاته وقيل: يعود بالفرح على الناس وقيل: سمى عيدًا تفاؤلاً ليعود ثانية، قال الجوهرى: إنما جمع بالياء وأصله الواو للزومها فى الواحد، وقيل: للفرق بينه وبين أعواد الخشب، المطلع (ص ١٠٨).

(٢) قال ابن قدامة: (وأجمع المسلمون على صلاة العيدين وصلاة العيد فرض على الكفاية وبه قال بعض أصحاب الشافعى)، انظر المغنى (٢/٢٢٣).

(٣) أخرجه البخارى: العيدين (٢/٥٤١) ح (٩٧٩)، ومسلم: العيدين (٢/٦٠٢) ح (١/٨٨٤).

(٤) أخرجه ابن ماجه: الإقامة (١/٣٤٩) ح (١٠٩٨)، ومالك فى الموطأ: الطهارة (١/٦٥) ح (١١٣)، بلفظ «يا معشر المسلمين» إن هذا يوم جعله الله عيدًا فاغتسلوا...».

عيدًا للمسلمين فاغتسلوا، ومن كان عنده طيب فلا يضره أن يمس منه»[1]، فندب إلى ذلك في الجمعة، وعلله بأنه عيد فكان كل عيد كذلك، وقال معاذ: كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا غدونا إلى المصلى أن نلبس أجود ما نقدر عليه من الثياب[2]، ولأن في ذلك زينة للإسلام وجمالاً للشرع وإعظامًا وإرهابًا للعدو.

فصل

يستحب في الفطر الأكل قبل الغدو إلى المصلى، وفي الأضحى الأكل بعد الغدو من المصلى[3] «لأنه ﷺ كان لا يخرج يوم الفطر حتى يأكل ولا يطعم في الأضحى حتى يرجع»[4]، وإنما هما يومان للمساكين حق في ماله وينسب إليهما، فكان أكله مصاحبًا لإيصاله إليهم، فلما كان في الفطر يخرج الزكاة قبل الغدو، وكان أكله في ذلك الوقت، وفي الأضحى لما كان لا يضحي إلا بعد الرجوع كان أكله في ذلك الوقت.

ويستحب المشي إليهما لما ذكرناه في الجمعة، والنزول إليهما من ثلاثة أميال لأنها صلاة عيد أمر بالسعي إليها موجب تقدير ذلك لمن هو خارج المصر بثلاثة أميال كالجمعة.

فصل

يستحب أن يرجع من غير الطريق الذي غدا منها[5]، «لأنه ﷺ كان يفعل ذلك»[6]، وقد ذكر فيه فوائد أكثرها دعاوى فارغة، وليس إلا للاقتداء فقط.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٣٠)، عن زيد بن الحسن بن علي عن أبيه رضي الله عنهما قال: أمرنا رسول الله ﷺ في العيدين أن نلبس أجود ما نجد وأن نتطيب بأجود ما نجد وأن نضحي بأسمن...»، وقال: لولا جهالة إسحاق بن بزرج لحكمت للحديث بالصحة.

(٣) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٦٣).

(٤) أخرجه الترمذي: الصلاة (٢/ ٤٢٦) ح (٥٤٢) وقال: غريب، وابن ماجه: الصيام (١/ ٥٥٨) ح (١٧٥٦).

(٥) الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٦٣).

(٦) أخرجه البخاري: العيدين (٢/ ٥٤٧) ح (٩٨٦).

فصل

ووقت صلاة العيدين إذا أشرقت الشمس، «لأنه ﷺ صلاها فى ذلك الوقت» وغدو المصلى إلى المصلى بحسب قرب منزله وبعده.

فصل

يظهر الغادى إلى المصلى التكبير فى ممشاه وفى جلوسه فى العيدين[(١)]، لأن ذلك من عمل النبى ﷺ والسلف بعده، وخالفنا أبو حنيفة، وقال: لا يكبر فى يوم الفطر فى ممشاه ولا فى جلوسه[(٢)]، ودليلنا ما روى عن النبى ﷺ أنه كان يخرج يوم الفطر فيكبر حين يخرج من بيته حتى يأتى المصلى، فإذا قضى الصلاة قطع التكبير[(٣)]، ولأنه يوم يصلى فيه صلاة عيد فأشبه يوم الأضحى.

فصل

يكبر يوم الفطر دون ليلته خلافًا للشافعى[(٤)]، لأنه ذكر يختص استحبابه بالعيد فكانت البداية به يوم العيد دون ليلته كالتكبير فى الصلوات يوم العيد، ولا يلزمه التكبير خلف الصلوات لأنه ليس بمختص بالعيد لأنه يقع فى أيام التشريق.

فصل

الاختيار أن يصلى فى المصلى دون المسجد الجامع، لأن رسول الله ﷺ كان يصليها

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥٤).

(٢) قال المرغينانى: (ويتوجه إلى المصلى ولا يكبر عند أبى حنيفة رحمه الله فى طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارًا بالأضحى وله أن الأصل فى الثناء الإخفاء والشرع ورد به فى الأضحى لأنه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر) انظر الهداية (١/ ٩٢)، الاختيار للموصلى (١/ ١١٢).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/ ٣٩٥) ح (٦١٣١)، والدارقطنى: سننه (٢/ ٤٤) ح (٦) وقال: الحديث ضعفه ابن القطان فى كتابه.

(٤) قال الإمام الشافعى: (يكبر الناس فى الفطر حين تغيب الشمس ليلة الفطر فرادى وجماعة فى كل حال حتى يخرج الإمام لصلاة العيد ثم يقطعون التكبير قال: وأحب أن يكون الإمام يكبر خلف صلاة المغرب والعشاء والصبح وبين ذلك وغاديًا حتى ينتهى إلى المصلى ثم يقطع التكبير وإنما أحببت ذلك للإمام أنه كالناس فيما أحب لهم وإن تركه الإمام كبر الناس) الأم (١/ ٢١٣)، روضة الطالبين (٢/ ٧٩).

فى المصلى[١]، ولأنها صلاة عيد فوجب أن يكون لها موضع مختص بها منسوب إليها كالجمعة.

فصل

ولا أذان فيها ولا إقامة لما روى ابن عباس[٢] وابن عمر[٣] وجابر بن سمرة[٤] أن رسول الله ﷺ صلاها بغير أذان ولا إقامة، ولأنها صلاة نفل كسائر النوافل.

فصل

وصلاة العيدين ركعتان كسائر الصلوات لا فرق بينهما وبين غيرها من الصلاة إلا زوائد التكبير، فيكبر فى الأولى بعد تكبيرة الإحرام ستًا وفى الآخرة بعد تكبيرة القيام خمسًا[٥]، كما روت عائشة[٦] رضى الله عنها وأبى واقد[٧]، وعمرو بن عوف[٨] وابن عمر: «أن رسول الله ﷺ كان يكبر فى العيدين سبعًا فى الأول قبل القراءة وستًا فى الآخرة قبل القراءة».

فصل

والقراءة فيها جهرًا بسبح والغاشية[٩]، ونحوها «لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فيهما بسبح والغاشية ويجهر بها»[١٠]، ولأن كل صلاة بخطبة فالقراءة فيها جهرًا كالجمعة والاستسقاء.

---

(١) أخرجه البخارى: العيدين (٢/ ٥٢٠) ح (٩٥٦)، ومسلم: العيدين (٢/ ٦٠٥) ح (٩/ ٨٨٩).
(٢) أخرجه البخارى: العيدين (٢/ ٥٢٣) ح (٩٥٩)، ومسلم: العيدين (٢/ ٦٠٤) ح (٦/ ٨٨٦).
(٣) أخرجه أحمد: المسند (٢/ ٥٤) ح (٤٩٦٦).
(٤) أخرجه مسلم: العيدين (٢/ ٦٠٤) ح (٧/ ٨٨٧)، وأبو داود: الصلاة (١/ ٢٩٧) ح (١١٤٨)، والترمذى: الصلاة (٢/ ٤١٢) ح (٥٣٢).
(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٦٤).
(٦) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٩٧) ح (١١٤٩) ولكنه قال: «وفى الثانية خمسًا».
(٧) ذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/ ٢٠٧) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير.
(٨) أخرجه الترمذى: الصلاة (٢/ ٤١٦) ح (٥٣٦) وقال: حسن.
(٩) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥٥).
(١٠) تقدم تخريجه.

فصل

والخطبة فيها بعد الصلاة[١]، لأن رسول الله ﷺ بدأ فيها بالصلاة قبل الخطبة[٢]، وروى عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم[٣]، وقد ذكر فيه خلاف انقطع بتعذر الإجماع بعده.

فصل

وإذا صعد المنبر ففى جلوسه روايتان: فإذا قلنا: إنه يجلس فاعتباراً بالجمعة لأن من سنة الخطبة الجلوس قبلها، ولأن كل جلوس فى الخطبة سن فى الجمعة سن فى خطبة العيد، أصله: الجلوس بين الخطبتين، ولأن فى الجلوس استراحة من تعب الصعود والانتظار للناس أن يأخذوا مجالسهم، وإذا قلنا: يخطب ولا يجلس فلأنه لا معنى يقتضى جلوسه لأنه يجلس فى الجمعة انتظاراً للفراغ من الأذان، وهذا معدوم فى خطبة العيد.

فصل

ويكبر فى أضعاف[٤] خطبته فى العيدين جميعًا، لأن ذلك مروى عن السلف، ويكبر الناس بتكبير الإمام[٥]، وقال المغيرة: لا يكبرون بتكبيره وينصتون له، فوجه قول مالك: أنه مروى عن ابن عباس[٦]، ولا مخالف له، ولأن التكبير فى هذا اليوم مشروع الكافة، فإذا كبر الإمام كان ذلك منه استدعاء له من الناس، ووجه قول مغيرة: إن شروع الإمام فى الخطبة يقطع الكلام جملة، أصله: ما عدا التكبير.

---

(١) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ٤٠٠).

(٢) أخرجه البخارى: العيدين (٢/ ٥٢٥) ح (٩٦٣)، ومسلم: العيدين (٢/ ٦٠٥) ح (٨/ ٨٨٨).

(٣) تقدم تخريجه. انظر الحديث المتقدم.

(٤) أى: أثناء.

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥٦).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/ ٤٢٠ـ ٤٢١) (باب التكبير فى الخطبة فى العيدين) عن عبد الله ابن مسعود، وأبى هريرة، رضى الله عنهما.

فصل

ولا يصلى فى المصلى قبلها ولا بعدها سوى صلاة العيد[١]، لأنه موضع لا يتكرر فيه الصلاة فلم يكن موضعًا للنافلة ألا ترى أن سائر المساجد لما تكررت الصلاة فيها كانت موضعًا للنافلة، ولأنه لما بنى لصلاة العيد وحدها وجب أن يختص لما بنى له، وروى أن النبى ﷺ صلى العيد فى المصلى فلم يصلٍّ قبلها ولا بعدها.

فصل

ويكبر خلف الصلوات يبدأ عقيب الظهر من يوم النحر ويقطع عقيب الصبح رابع النحر، وجملته خمسة عشر صلاة[٢]، وإنما اخترنا ذلك لأن الناس فى هذا تبع لأهل منى، وأول صلاة يكبر الناس عقيبها بمنى صلاة الظهر وآخر صلاة يصلونها صلاة الصبح من اليوم الرابع لأنهم ينفرون بعد الزوال.

فصل

وللتكبير لفظان إن شاء قال: الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد، وإن شاء قال: الله أكبر، الله أكبر، لأن الشرع لم يخص ذلك بلفظ معين ولا بقدر مؤقت، وهذان اللفظان مرويان عن السلف فأيما قاله جاز[٣]، والله أعلم.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥٦).
(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٦٥).
(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٦٥).

باب : صلاة الكسوف

وصلاة كسوف[١] الشمس سنة مؤكدة، لأنه ﷺ صلاهـا وجمع لها وأمر بها وحض عليها فقال: «إذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة»[٢].

فصل

وتصلى فى المسجد دون المصلى[٣]، لأنه ﷺ لم يصلها فى المـصلى وإنما صلاها فى المسجد[٤]، وكذلك السلف بعده، وليس فيها أذان ولا إقامة[٥] لأنه لم يؤذن له فيها ﷺ ولم يقم، ولأنها سنة ولا أذان للسنن.

فصل

وصفتهـا: أن يكبر للإحرام ثم يقرأ بأم القرآن، وسورة طويلة ويسـتحب تطويلها ما أمكن ولم يضر بمن خلـفه إن كان إمامًا، والقـراءة فى جميـعها سـرًا، ثم يركع ركوعًا طويلاً قريبًا من طول قراءته، ثم يرفـع رأسه فيقول: سمع الله لمن حـمده، ثم يقرأ بأم القرآن عند مالـك، ويقرأ بعدها سورة طويلة دون التى قـبلها، وعند محمـد بن مسلمة يقرأ السـورة ولا يقرأ أم القرآن، فـإذا فرغ من القراءة ركع وأطال نحـوًا من قراءته، ثم رفع ثم سجـد سجدتين، فـقيل: كـسجود سـائر الصلوات، وقيل: تطويلهـا كتطويل الركوع، ثم يقـوم قائمًا فيأتى بـالركعة الثانيـة على مثل صفـة الركعة الأولى ويتشـهد ويسلم[٦]، وإنما اخترنا ذلك، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها ركعتين كسائر الصلوات[٧]

---

(١) قال الفيروز آبادى: (وكسوف الشمس والقمر إذا احتجبا والأحسن فى القمر خسف وفى الشمس كسف)، القاموس المحيط (٣/ ١٩٠).

(٢) أخرجه البخارى: الكسوف (٢/ ٦٢٠) ح (١٠٤٦) ومسلم: الكسوف (٢/ ٦١٩) ح (٣/ ٩٠١).

(٣) انظر الكافى (١/ ٢٦٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٦٦).

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٦٦).

(٧) قال الموصلى: (صلاة كسوف الشمس ركعتان كهيئة النافلة لما روى جماعة من الصحابة منهم ابن مسعـود وابن عمر وسمرة والأشعـرى)، انظر الاختيار للموصلى (١/ ٩١)، الهـداية للمرغينانى (١/ ٩٤).

حديث عائشة[١] وابن عباس[٢]: أن رسول الله ﷺ صلى بخسوف الشمس، فقام قيامًا طويلاً نحواً من سورة البقرة، ثم ركع ركوعًا طويلاً ثم رفع، فقام قيامًا طويلاً وهو دون القيام الأول، ثم ركع ركوعًا طويلاً وهو دون الركوع الأول ثم رفع فسجد ثم فعل فى الركعة الأُخرى مثل ذلك، وهذا إنما قلنا بالخبر لأن القياس لا يوجبه.

فصل

وإنما اخترنا تطويل القراءة لما روى فى الحديث أنه بنحو من سورة البقرة[٣] وفى الثانى بنحو سورة آل عمران[٤]، وإنما قلنا: إنه يسر القراءة فى الصلاة كلها لما روى فى الحديث أنه قرأ بنحو من سورة البقرة[٥]، وهذا يدل على أنه أسر، وقال ابن عباس: كنت وراءه فلم أسمع منه حرفًا[٦]، وفى حديث سمرة بن جندب قال: صلى بنا رسول الله ﷺ فقام بنا كأطول من قام بنا فى صلاة قط لا نسمع له صوتًا[٧].

ووجه القول بإعادة أُم الكتاب بعد الرفع الأول من الركعة الأولى أنها قراءة يتعقبها ركوع فكان فيها قراءة أُم القرآن فى سائر الصلوات، ولأنها قراءة مستأنفة من أصل بنية الصلاة فوجب أن يتقدمها أُم الكتاب اعتباراً بالركوع الأول، ووجه القول بأنها لا تعاد: أنها ركعة واحدة لأن الركوعين فى حكم ركوع واحد وكذلك القراءتان فى حكم قراءة واحدة، فإذا ثبت ذلك فالركعة الواحدة لا يقرأ فيها بأم القرآن إلا مرة واحدة اعتباراً بسائر الصلوات.

ووجه القول بأنه لا يطيل السجود: أن هذه الصلاة لما خالفت بنية سائر الصلوات

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى: الكسوف (٢/ ٦٢٧) ح (١٠٥٢)، ومسلم: الكسوف (٢/ ٦٢٦) ح (٩٠٧/١٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٣٠٧) ح (١١٨٧)، والبيهقى فى الكبرى (٣/ ٤٦٦) ح (٦٣٤٣).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه أحمد: المسند (١/ ٤٥٥) ح (٣٢٧٧)، وذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/ ٢١٠) وقال: رواه أحمد وأبو يعلى والطبرانى فى الأوسط وفيه ابن لهيعة وفيه كلام.

(٧) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٣٠٦ ـ ٣٠٧) ح (١١٨٤)، والترمذى: الصلاة (٢/ ٤٥١) ح (٥٦٢) وقال: حسن صحيح، والنسائى: الكسوف (٣/ ١١٤) (باب نوع آخر)، وابن ماجه: الإقامة (١/ ٤٠٢) ح (١٢٦٤).

وجب أن يقتصر فيها على قدر ما ورد به الخبر، وليس فى الأخبار إلا تطويل القراءة والركوع دون السجود فلم يتعد إلى غيره.

ووجه القول الأخر هو: أن السجود من حقه أن يكون بمثابة الركوع فى اللبث اعتباراً بسائر الصلوات.

فصل

فى وقتها ثلاث روايات:

إحداها: أنها تصلى فى كل الأوقات[١]، ووجهها قوله ﷺ: «إذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة»[٢]، فعم ولم يخص ولأنها لما خالفت سائر النوافل فى البنية جاز أن يتأكد فعلها فى الوقت.

والثانية: أنها لا تصلى بعد العصر[٣]، ووجهها: نهيه ﷺ عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، ولم يخص، ولأنها صلاة نفل فكانت ممنوعة بعد العصر كسائر النوافل.

والثالثة: أنها تصلى ما لم تزل الشمس ووجهها: أنه ﷺ صلاها فى هذا الوقت[٤]، ولأنها صلاة نفل يتعقبها ذكر وعظه، فكان وقتها ما لم تزل الشمس، أصله: صلاة العيدين والاستسقاء.

فصل

إذا فرغ الإمام من الصلاة ذكر الناس ووعظهم من غير خطبة مرتبة خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى[٦]، لأنه لم يرو أنه ﷺ خطب لها ولأن من سنة كل صلاة بخطبة أن

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٦٥).

(٤) الكافى (١/ ٢٦٥).

(٥) قال الموصلى: (ولا يجهر الإمام ولا يخطب لأنها لم تنقل)، الاختيار (١/ ٩٢)، الهداية للمرغينانى (١/ ٩٥).

(٦) أما الشافعية فيرون أن لها خطبة مرتبة فقال النووى (وأن يخطب الإمام بعد الصلاة خطبتين كخطبتى الجمعة فى الأركان والشرائط وسواء صلوها جماعة فى مصر أو صلاها المسافرون فى =

يجهر فيها بالقراءة، وصلاة الكسوف يسر فيها القراءة فدل أنه لا خطبة فيها.

فصل

ولا يجمع لخسوف القمر ويصلى الناس لنفوسهم أفرادًا كسائر النوافل خلافًا للشافعى فى قوله: إن من سنتها أن يجمع لها[١]، لأنه ﷺ لم يصلها فى جماعة ولا دعا إلى ذلك، ولأنها تكون ليلاً فى وقت تلحق المشقة فى الاجتماع لها، وبها فارقت كسوف الشمس.

فصل

ومن أدرك من صلاة كسوف الشمس الركوع الثانى من الركعة الأولى، فقد أدرك الصلاة ولا يقضى شيئًا[٢]، وفوات الركوع الأول كفوات القراءة ولو فاتته القراءة الأولى بأسرها والركوع الأول من الركعة الثانية كان مدركًا للثانية بإدراك الثانى منها وقضى الركعة الأولى بركوعها دون ما فاته من الثانية.

= الصحراء ويحث الإمام الناس فى هذه الخطبة على التوبة من المعاصى وعلى فعل الخير»، انظر روضة الطالبين (٢/ ٨٥)، الأم للشافعى (١/ ٢١٧).

(١) انظر الأم للشافعى (١/ ٢١٤)، روضة الطالبين (٢/ ٨٥).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥٢).

باب : صلاة الاستسقاء

صلاة الاستسقاء[١] سنة، فإذا تأخر المطر واحتيج إليه خرج الإمام بالناس إلى المصلى متواضعين متخشعين، فيصلى بهم صلاة الاستسقاء، وهى ركعتان كسائر الصلوات يكبر فيها تكبيرة واحدة للإحرام، ثم يقرأ بأم القرآن وسورة مثل الأعلى والليل ونحوهما جهراً، فإذا سلم صعد على المنبر متوكئًا على قوس أو عصا كالجمعة والعيدين، ويجلس إذا أخذ الناس مجالسهم قام وخطب وأكثر من الاستغفار فى خطبته، ثم يجلس ثم يقوم فيخطب، فإذا فرغ استقبل القبلة وحول رداءه، فجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه، وليس عليه تنكيسه، ثم يستسقى الله تعالى ويدعوه بما تيسر له والناس جلوس فإذا تم ينزل وينصرف[٢].

وقال أصبغ: إذا شرف على فراغه من الخطبة الآخرة حول وجهه إلى القبلة على غير ما وصفناه، فإذا فرغ من الدعاء عاد بوجهه إلى الناس فأتم بهم الخطبة ثم نزل ولا يكبر فيها سوى تكبيرة الإحرام وتكبير الخفض والرفع المعتاد فى سائر الصلوات، ولا أذان فيها ولا إقامة ولا بأس بتكرار الخروج إذا احتيج إليه[٣]، ولا يمنع المتجالات من النساء الخروج وليس على الناس صيام قبل الاستسقاء ولا يمنع من أراد ذلك.

فصل

وإنما قلنا: صلاة الاستسقاء سنة، خلافًا لما يحكى عن أبى حنيفة أنها بدعة[٤] لما روى معمر عن الزهرى عن عباد بن تميم عن عمه: «أن رسول الله ﷺ خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر بالقراءة فيها وحول رداءه فدعا واستسقى واستقبل القبلة»[٥]،

(١) الاستسقاء: طلب السقيا، وسقاه الله الغيث: أنزله له، القاموس المحيط (٤/ ٣٤٣).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٥٣).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٦٩).

(٤) قال المرغينانى: قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس فى الاستسقاء صلاة مسنونة فى جماعة فإن صلوا وحدانًا جاز وإنما الاستسقاء الدعاء والاستغفار) الهداية (١/ ٩٥) الاختيار (١/ ٩٢).

(٥) أخرجه البخارى: الاستسقاء (٢/ ٥٩٧) ح (١٠٢٥)، ومسلم: الاستسقاء (٢/ ٦١١) ح (٤/ ٨٩٤).

ورواه ابن عباس[١]، وأبو هريرة[٢]، وأنس[٣]، وجابر[٤]، ولأن الخطبة فى الأصول فى العبادات لا تكون إلا مقارنة لصلاة كخطبة العيدين والجمعة.

فصل

وإنما قلنا: إنهم يخرجون متواضعين متخشعين لما رواه ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ خرج فى الاستسقاء متواضعًا متخشعًا متضرعًا متبذلاً وصلى ركعتين[٥]، ولأنها صلاة تفعل عند المحل والجدب طلبًا للفرج وزوال الشدة وسؤالاً للغيث والرحمة، فيجب أن يكون ذلك بتضرع وخشوع وتواضع وخضوع، لأن ذلك شأن الداعى السائل والراغب الطالب، وتفارق صلاة العيد لأن الغرض بها إظهار الشرع والإبانة على جماله والفخر به على المشركين.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا أذان فيها ولا إقامة لأنه لم ينقل أنه أذن فيها للنبى ﷺ ولا أقيم، ولأنها صلاة مسنونة كالعيدين والخسوف.

فصل

وإنما قلنا: إنه يكبر فيها تكبيرة الإحرام فقط، ولا يزيد على تكبير سائر الصلوات خلافًا للشافعى فى قوله: «إنه يكبر سبعًا فى الأولى وخمسًا فى الثانية[٦]، لما روى: أنه

(١) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٣٠١) ح (١١٦٥)، الترمذى: الصلاة (٢/ ٤٤٥) ح (٥٥٨) وقال: حسن صحيح. والنسائى: الاستسقاء (٣/ ١٢٦) (باب الحال التى يستحب للإمام أن يكون عليها إذا خرج).

(٢) أخرجه ابن ماجه: الإقامة (١/ ٤٠٣) ح (١٢٦٨)، وأحمد: المسند (٢/ ٤٣٦) ح (٨٣٤٨).

(٣) أخرجه البخارى: الاستسقاء (٢/ ٥٩٠) ح (١٠١٥)، ومسلم: الاستسقاء (٢/ ٦١٢) ح (٨/ ٨٩٧).

(٤) ذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/ ٢١٦) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه موسى بن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمى وهو ضعيف.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) قال الإمام الشافعى: (يأمر الإمام أن يكبر فى الاستسقاء سبعًا وخمسًا قبل القراءة ويرفع يديه عند كل تكبيرة من السبع والخمس ويجهر بالقراءة ويصلى ركعتين لا تخالف صلاة العيد بشىء)، انظر الأم (١/ ٢٢١)، المهذب للشيرازى (١/ ١٢٤).

ﷺ استسقى فصلى ركعتين وكبر واحدة[1]، وهذا نص، ولأنها صلاة فى غير عيد فلم يزد فى تكبيرها كسائر الصلوات، ولأنها صلاة لم توضع لأجل نسك كالجمعة.

فصل

وإنما قلنا: إنه يجهر بالقراءة فيها لأن النبى ﷺ كذلك فعل[2]، ولأنها صلاة ذات خطبة لنفسها كالجمعة والعيدين.

فصل

وإنما قلنا: إنه يقدم الصلاة على الخطبة، خلافًا لما يحكى عن ابن الزبير إن صح[3]، لأن ذلك هو المنقول عن النبى ﷺ، ولأنها صلاة مسنونة بخطبة فكانت الخطبة بعدها كالعيدين.

فصل

وإنما قلنا: إن الإمام يخطب متوكئًا على قوس أو عصا لأن النبى ﷺ كان يفعل ذلك فى الجمعة والعيدين[4]، والمعنى فيه أن الإمام يطول قيامه فيحتاج إلى استراحة واعتماد، أو خوف من أن يأخذه الدوار وما لا يؤمن معه سقوط وبالاعتماد يأمن ذلك.

فصل

وإنما قلنا: إن الإمام يحول رداءه خلافًا لأبى حنيفة[5] فى قوله: إن ذلك ليس من السنة، لأنه ﷺ حول رداءه فجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على

---

(١) ذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/ ٢١٥ ـ ٢١٦) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه مجاشع بن عمرو، قال ابن معين: قد رأيته أحد الكذابين.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) حكى ذلك ابن قدامة عنه وعن غيره فقال: (روى ذلك عن عمر وابن الزبير وأبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل وأبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وذهب إليه الليث بن سعد وابن المنذر)، انظر المغنى (٢/ ٢٨٨).

(٤) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ٢٩٦) ح (١١٤٥)، وذكره ابن حجر وقال: إسناده حسن، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٦٩) ح (٢٩).

(٥) قال الموصلى: (وقال أبو حنيفه: لا يسن ذلك (أى تقليب الرداء) كغيره من الأدعية). الاختيار (١/ ٩٣)، الهداية (١/ ٩٥).

يمينه[1]، وقيل: إنما فعل ذلك تفاؤلاً ورجاء لانقلاب حالهم عن الشدة إلى الرخاء وعن الجدب إلى الخصب فثبت كون ذلك سنة لفعله له.

فصل

وإنما قلنا: إن التنكيس ليس بسنة، لأنه لم يرو من فعله، والقدر الذى روى تحويل الرداء فلا يقاس عليه غيره.

فصل

وإنما قلنا: إنه يحول وجهه إلى القبلة بعد الفراغ فيدعو، لأن النبى ﷺ كذلك فعل[2]، ووجه قول مالك: إنه يفعل ذلك بعد الفراغ من الخطبة الثانية هو أنه لا يجوز له قطع الخطبة شىء يتشاغل به عن أمور تلك العبادة سواها اعتباراً بالعيدين والجمعة، لأنه ليس له قطعها لصلاة ولا أذان ولا لغير ذلك بل من سنتها الاتصال والانتظام، ولأنها إحدى خطبتى الاستسقاء، فوجب ألا تقطع لما سواها كالأولى.

ووجه قول أصبغ هو أن السنة فى الاستسقاء خطبتان لا زيادة عليهما، فإذا أتى بالدعاء بعدهما كان ذلك زيادة على الخطبتين لأن الدعاء حينئذ منفرد له حكم نفسه، فإذا أتى به فى تضاعيفهما لم يكن له حكم نفسه، بل كان نقصاً لهما والله أعلم.

فصل

وإنما قلنا: لا بأس بتكرار الخروج لأن الخروج إنما احتيج إليه لتأخر المطر والحاجة إليه والرجاء من الله تعالى إجابة الدعاء بالغياث، وما دامت الحاجة قائمة، فالمعنى موجود[3]، وقد روى: «أن الله يحب الملحين فى الدعاء»[4].

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يمنع النساء المتجالات من الخروج[5] لقوله ﷺ: «لا تمنعوا إماء الله

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) المدونة الكبرى (١/ ٢٦٩).

(٤) انظر حاشية الدسوقى (١/ ٤٠٥).

(٥) ذكره ابن حجر وقال: رواه العقيلى، وابن عدى، والطبرانى فى الدعاء من حديث عائشة =

مساجد الله[١]، وليس ذلك بمقصور على المساجد وحدها بل أراد الصلاة فى مواضعها، ولأن بهن حاجة إلى ذلك كالرجال، ولأن الدعاء يشترك فيه الناس كلهم والكل مندوبون إليه، وبخلاف ذلك المرأة الشابة والمخوف عليها أو منها الفتنة للجمال فكانت صيانتها فى منع الخروج أولى.

فصل

فأما الصيام قبل الاستسقاء، فلم يرد شرع به، فإن فعل كان ذلك جائزاً لأنه قربة وفعل خير. وكلما زاد الإنسان فى فعل القرب فأكثر منها كان أقرب له إلى الإجابة وأدى إلى إجابة طلبه والله أعلم.

تم كتاب الصلاة والحمد لله رب العالمين

* * *

= رضى الله عنها، تفرد به يوسف بن السفر عن الأوزاعى، وهو متروك، وكان بقية ربما دلسه، وانظر تلخيص الحبير (٢/١٠٢) ح (٥).

(١) أخرجه البخارى: الجمعة (٢/٤٤٤) ح (٩٠٠)، ومسلم: الصلاة (١/٣٢٧) ح (٤٤٢/١٣٦).

٣
كتاب الجنائز(١)

[باب : صفة غسل الميت] (٢)

صفة غسل الميت كصفة غسل الجنابة، والغرض به التنظيف وإزالة الأذى عنه على الميسور، ويستحب أن يكون وتراً ثلاثًا أو خمسًا أو أكثر، على ما يحتاج إليه فى اجتهاد الغاسل، بماء وسدر(٣) وأن يكون فى الآخرة كافوراً(٤) ويستر عورته وينزع ثيابه، ولا يفضى بيده إلى عورته إلا وعليها خرقة إلا أن يكون هناك مما يحتاج إلى مباشرته بيده، ويعصر بطنه عصراً رقيقًا إن احتيج إلى ذلك، ولا يقلم له ظفر ولا يحلق له شعر.

فصل

وإنما قلنا: إن الغرض به التنظيف من غير حد سوى أن المستحب فيه الوتر لقوله ﷺ فى حديث ابنته: «اغسلنها ثلاثًا أو خمسًا أو أكثر من ذلك إن رأيتن ذلك»(٥)، فوكله إلى اجتهادهن وإلى ما يرين من الحاجة إلى التنظيف.

وإنما قلنا: يكون بستر عورته لأنه لما وجب سترها وهو حى فكذلك بعد الموت، لأن حرمته باقية كهى فى حال الحياة، وروى أن محمد بن سيرين غسل أنس بن مالك، فلما بلغ إلى عورته قال لأهله: أنتم أحق دونكم فاغسلوها(٦)، فجعل الذى غسلها على

(١) الجنائز جمع جناره وجنزت الشيء أى: سترته والجناره بفتح الجيم وكسرها اسم للميت والسرير)، انظر القاموس المحيط (١/ ١٧٠).
(٢) عنوان الباب لم يثبت فى (أ).
(٣) السدر شجر النبق القاموس المحيط (٢/ ٤٦).
(٤) قال الفيروزآبادى: (الكافور نبت طيب نورُهُ كنور الأقحوان والطلع، ويكون من شجر بجبال بحر الهند والصين يظل خلقًا كثيراً وتألفه النمورة، وخشبه أبيض هش ويوجد فى أجوافه الكافور وهو أنواع ولونها أحمر وإنما يبيض بالتصعيد)، القاموس المحيط (٢/ ١٢٨).
(٥) أخرجه البخارى: الجنائز (٣/ ١٥٠) ح (١٢٥٣)، ومسلم: الجنائز (٢/ ٦٤٦) ح (٣٦/ ٩٣٩).
(٦) ذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٣/ ٢٤) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير وإسناده حسن.

يده خرقة وجعل على عورته ثوبًا ثم غسل عورته من تحت الثياب.

وإنما قلنا: ينزع ثيابه خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يغسل فى القميص[١]، لأن ذلك أمكن فى غسله وأبلغ فى تنظيفه وأعون لغاسله على ما يريده من ذلك.

وإنما قلنا: إنه إن احتاج إلى مباشرة عورته بيده فعل، فلأن تلك حال ضرورة، والضرورات تنقل الأصول عن بابها، وتغير موجباتها للحاجة إلى إزالة ما تدعو الضرورة إلى إزالته.

وإنما قلنا: إنه يعصر بطنه عصرًا رقيقًا، فلأنه لا يؤمن أن يخرج منه شىء فليطخ أكفانه وتنتهك بذلك صيانته ويزول المعنى المطلوب بتكرار غسله من المبالغة فى تنظيفه، وقد روى ذلك عن السلف.

وإنما قلنا: لا يقلم له ظفر ولا يحلق له شعر خلافًا للشافعى فى استحبابه لذلك[٢]، ولأحمد بن حنبل فى قوله: يحلق عانته وتقليم أظفاره[٣]، لأن الأصل ألا يفعل فى الميت شىء إلا بشرع، ولم يرد شرع بذلك، ولأنه إزالة شىء متصل به خلقة بدنه فأشبه الختان.

فصل

ويغسل كل واحد من الزوجين صاحبه، فأما غسل المرأة زوجها فلا خلاف فيه[٤]،

---

(١) قال الشيرازى: (والأولى أن يغسل فى قميص لما روت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ غسلوه وعليه قميص يصبون عليه الماء ويدلكونه من فوقه ولأن ذلك أستر فكان أولى)، المهذب (١/١٢٨)، روضة الطالبين (٢/٩٩).

(٢) انظر الأم للشافعى (١/٢٤٨)، روضة الطالبين (٢/١٠٨).

(٣) قال ابن قدامة: ويستحب تقليم أظفار الميت وقص شاربه لأن ذلك سنة فى حياته ويترك ذلك معه فى أكفانه لأنه من أجزائه وكل ما سقط من الميت جعل معه فى أكفانه ليجمع بين أجزائه وفى أخذ عانته وجهان:
أحدهما: يستحب إزالتها بنورة أو حلق لأن سعد بن أبى وقاص جز عانة ميت ولأنه من الفطرة فأشبه تقليم الأظفار.
الثانى: لا يستحب لأن فيه لمس العورة وربما احتاج إلى نظرها وذلك محرم فلا يفعل لأجل مندوب. انظر الكافى لابن قدامة (١/٣٥٧)، الشرح الكبير (ط. دار الفكر) (١/٥٤٣).

(٤) الإجماع لابن المنذر (ص ٤٢)، المغنى (٢/٣٩٨).

والأصل فيه: «أن أبا بكر رضى الله عنه أوصى أن تغسله أسماء بنت عميس»[1]، «وغسلت أبا موسى الأشعرى امرأته»، وقالت عائشة رضى الله عنها: «لو استقبلنا من أمرنا ما استدبرناه ما غسل رسول الله ﷺ إلا أزواجه»[2]، ولم ينكر عليها أحد ذلك، ولأن الغسل لما كان فيه اطلاع على العورة والبدن [والمغايب][3] لم يكن بذلك أحد أولى من الزوجة.

فصل

وإنما قلنا: إن للرجل أن يغسل زوجته خلافًا لأبى حنيفة[4]، لأن عليًا غسل فاطمة رضى الله عنهما[5]، ولم ينكر لذلك أحد، ولأن زوال الزوجية بالموت لا يمنع أن يغسل الحى منهما الميت، أصله: إذا مات الزوج، ولأن كل معنى لم يحرم نظر الزوجة إلى الزوج لم يحرم نظره إليها اعتبارًا بالأصول كلها كالمرض وغيره.

فصل

ويغسل الرجل أمته ومدبرته وأم ولده وكل من يستبيحه إلى حين الموت فهى بمنزلة الزوجة[6]، والعلة ما ذكرناه من جواز الاطلاع على العورة حين الموت.

فصل

ولا يجوز أن يغسل الرجل مبتوتته منه وإن ماتت فى عدتها، ولا تغسله هى إن مات[7]، لأن العصمة منقطعة بينهما فى الحياة كالأجانب، ولأنه لما لم يجز لأحدهما الاطلاع على عورة الآخر فى الحياة فكذلك بعد الموت، لأن علة جواز ذلك فى الموت هو استدامة جوازه حال الحياة إلى الموت.

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/ ٥٥٧) ح (٦٦٦٣).
(٢) أخرجه البخارى: الجنائز (٣/ ١٩٣) ح (٣١٤١) وابن ماجه: الجنائز (١/ ٤٧٠) ح (١٤٦٤).
(٣) ثبت فى (ب) (المغابن) وهى جمع غَبْن وهو الإبط والرفغ. القاموس المحيط (٤/ ٢٥٣).
(٤) انظر بدائع الصنائع (١/ ٣٠٤).
(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/ ٥٥٦) ح (٦٦٦٠).
(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٧٢).
(٧) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٧٢).

فصل

وعنه فى المطلقة الرجعية روايتان: إحداهما: أن أحدهما يغسل الآخر إذا مات فى العدة، والأخرى: أنه لا يغسله[١]، فوجه الجواز أن أحكام الزوجية باقية بينهما إلى الموت بدليل لحوق الإيلاء والظهار والنفقة وثبوت التوارث فكانت كالمرتجعة ووجه المنع: فلأن الاستمتاع بها والنظر إليها كان محرمًا فى الحياة، فكذلك بعد الموت لأن علة جواز ذلك فى الموت استدامة جوازه فى حال الحياة ولم يحصل ما يزيل المنع من الارتجاع فأشبه المبتوتة.

فصل

ويجوز أن تغسل المرأة ذوى محارمها من الرجال من وراء ثوب إذا لم يكن معهم من يغسلهم من الرجال، وكذلك الرجل يغسل ذوات محارمه من النساء إذا لم يحضر من النساء من يغسلهن[٢]، لأن نظر بعضهم إلى أبدان بعض جائز، ألا ترى أن السفر جائز معهم، فأما الأجنبية إذا ماتت فى السفر ولم يحضرها إلا رجال أجانب، فإن من حضرها من الرجال ييممها يمسح وجهها وكفيها، والرجل إذا مات ولم يحضره إلا نساء أجانب يممنه: فيمسحن وجهه ويديه إلى المرفقين[٣]، لأن ما زاد على كف المرأة إلى الذراع عورة فليس للأجنبى الاطلاع عليه، وبدن الرجل ليس بعورة فجاز أن يبلغن بالتيمم غايته، وإنما قلنا: إن كل واحد من هؤلاء ييمم لأن التيمم قد جعل فى الشرع بدلاً من الغسل عند تعذره، فلما تعذر الغسل فى هذا الموضع لتحريم النظر إلى بدن الأجنبى قام التيمم مقامه.

فصل

ويستحب لمن غسل ميتًا أن يغتسل لما روى أن رسول الله ﷺ قال: «من غسل ميتًا فليغتسل»[٤]، ولأنه ﷺ أمر عليًا أن يغتسل لما غسل أباه[٥]، والمعنى فى ذلك أن الغاسل

---

(١) المدونة الكبرى (١/ ١٦٧).

(٢) المدونة الكبرى (١/ ١٦٧).

(٣) الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٧٢).

(٤) أخرجه أبو داود: الجنائز (٣/ ١٩٧) ح (٣١٦١) والترمذى: الجنائز (٣/ ٣٠٩) ح (٩٩٣) وقال: حسن. وابن ماجه: الجنائز (١/ ٤٧٠) ح (١٤٦٣).

(٥) أخرجه أبو داود: الجنائز (٣/ ٢١١) ح (٣٢١٤) والنسائى: الطهارة (١/ ٩٢) (باب الغسل من =

ربما خاف أن ينتضح عليه من الماء الذى يصيب بدن الميت فقطعه ذلك عن الانبساط والمبالغة فيه، فإذا علم أنه يغتسل زال عنه ذلك.

فصل

ومن مات له نسيب كافر أب أو غيره فلا يغسله ولا يلى شيئًا من أمره إلا أن لا يكون من أهل دينه من يكفيه ذلك فيواريه، لأن الغسل تابع للصلاة فلما لم يصلٍّ عليه لقطع الولاية بينهما لم يغسله ، ولأن غسل الميت تطهير له والكافر ليس من أهل التطهير[1].

= موارة المشرك) وأحمد: المسند (١/ ١٦٤) ح (١٠٩٧)، انظر تلخيص الحبير (٢/ ١٢١) ح (٢٥).

(١) انظر المدونة (١/ ١٦٨).

باب : كفن الميت وحنوطه ومؤنة الدفن

والكفن[١] والحنوط[٢] ومؤنة الدفن من رأس المال لأن ستر الميت وكفنه وصيانته حق لله تعالى، وحقوق الله مقدمة لا يجوز تركها ولا التراضى بإسقاطها، ألا ترى أن الميت لو وصى بألا يكفن وأن يدفن عريانًا لم يكن له ذلك، فإنه لو لم يخلف كفنًا لوجب على المسلمين تكفينه، ولأن حرمته كحرمة الحى، فلما لم يجز أن ينزع من الحى كسوته التى لابد منها فكذلك من الميت، ولأن الميت مالك لقدر الكفن والحنوط من ماله بدليل أنه لا يجوز له منعه منه، ولأن ما يتعلق بحاجته بعد موته كحاجته فى حياته، فلما كان فى حاجته أولى الناس بماله فيما يحتاج إليه فكذلك بعد موته.

فصل

فإن كان الكفن مرهونًا فالمرتهن أولى لأنه بحيازته إياه قد صار حقه سابقًا لحال الميت لتعلق العوض به[٣]، والمعين إذا تعلق بها حقان: أحدهما بعوض، والآخر بغير عوض كان ما يتعلق بالعوض مقدمًا على الآخر، كالدين والزكاة والوصية.

فصل

وليس فى الكفن حد ؛ لأن الغرض به ستر الميت وصيانته ، ويستحب الوتر[٤] لأن رسول الله ﷺ كفن فى وتر وهو ثلاثة أثواب[٥]، وكفن ابن عمر ابنًا له فى خمسة أثواب[٦].

فصل

ويجوز فى الكفن اللبيس[٧]، لأن أبا بكر رضى الله عنه أمر أن يكفن فى ثوب من

(١) ما يستر به الميت ويلف فيه. القاموس المحيط (٤/ ٢٦٣).
(٢) الحنوط: كل طيب يخلط للميت وقد حنطه يحنطه وأحنطه. القاموس المحيط (٢/ ٣٥٥).
(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٧٣).
(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٧٢).
(٥) أخرجه البخارى: الجنائز (٣/ ١٦١) ح (١٢٦٤) ومسلم: الجنائز (٢/ ٦٤٩) ح (٤٥/ ٩٤١).
(٦) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٣/ ٤٢٤).
(٧) أى: ما كان ملبوسًا.

ثيابه التى يلبسها وقال: الحى أحق بالجديد، وإنما هو للمهنة والصديد[١]، ولأن الغرض ستر الميت وصيانته دون المفاخرة والزينة.

فصل

البياض فى الكفن أحب إلينا من غيره، لقوله ﷺ: «خير ثيابكم البياض فليلبسها أحياؤكم وكفنوا فيها موتاكم»[٢]، ولأنه لما كان هو المستحب من اللباس فى الدنيا، فكذلك بعد الموت.

فصل

ويحنط بالمسك والعنبر، وكل طيب يجوز التطيب به للحى، فيجوز أن يحنط به الميت[٣]، وذلك: «أن رسول الله ﷺ حنط بالمسك[٤]، وحنط عمر رضى الله عنه بالكافور[٥]، ووصى على رضى الله عنه أن يجعل فى حنوطه مسك وقال: وهو فضل حنوط النبى ﷺ[٦]، ويستحب أن يجعل الحنوط فى مفارقه ومفاصله ومواضع سجوده، لأن هذه المواضع أشرف ما فى جسده[٧]، وقد قال تعالى: ﴿سيماهم فى وجوههم من أثر السجود﴾ [الفتح:٢٩]، وقال: ﴿وعنت الوجوه للحى القيوم﴾ [طه: ١١١].

---

(١) أخرجه البخارى: الجنائز (٣/٢٩٧) ح (١٣٨٧) ومالك فى الموطأ: الجنائز (١/٢٢٤) ح (٦).

(٢) أخرجه أبو داود: الطب (٤/٨) ح (٣٨٧٨) والترمذى: الجنائز (٣/٣١٠) ح (٩٩٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه: الجنائز (١/٤٧٣) ح (١٤٧٢).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/٢٧٢).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/٥٦٩) ح (٦٧٠٧) الحاكم فى المستدرك (١/٣٦١) عن أبى وائل قال: كان عند على مسك فأوصى أن يحنط به قال: وقال على: وهو فضل حنوط رسول الله ﷺ.

(٥) أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه (٣/٢٥٧).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/٤١٨).

باب : وقت الصلاة على الجنائز

والصلاة على الجنائز جائز في كل وقت إلا عند طلوع الشمس، وعند غروبها، لأنها لما لم يكن لها وقت راتب كأوقات الفرائض المرتبة جازت في جميع الأوقات، وكرهت عند طلوع الشمس وغروبها لنهى النبى ﷺ عنها فى هذين الوقتين بنهيه عن الصلوات فيهما عمومًا، ويجوز أن يصلى عليها بعد العصر ما لم تصفر الشمس لأنها آكد من النفل لكونها من خير الفروض، وإن لم تكن على الأعيان[١]، وهذا إذا أمن تغيرها، فإن خيف ذلك صلى عليها أى وقت كان، لأن النهى مضمن بالسلامة والأمن من هتك الحرمة، فإذا لم يؤمن ذلك زال المنع، ولأنه لو منع ذلك مع الخوف لم يخل من أحد أمرين: إما أن يدفن بغير صلاة وذلك ممنوع، أو أن ينتظر به ذهاب هذه الأوقات فيؤدى إلى هتك الحرمة، وذلك ممنوع أيضًا فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

والصلاة على الجنائز من فروض الكفايات[٢]، خلافًا لأصبغ وغيره فى قوله: إنها سنة[٣]، لقوله ﷺ: «صلوا على موتاكم»[٤]، وقوله: «صلوا على من قال: لا إله إلا الله»[٥]، وقوله: «حق المسلم على المسلم ثلاث...» فذكر: «ويصلى عليه إذا مات»[٦]، ولأن ذلك متعلق بالموالاة وحرمة الدين.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٧١).

(٢) الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٧٦).

(٣) ذكره ابن رشد فى المقدمات انظر المقدمات مع المدونة (١/ ١٧٠).

(٤) أخرجه ابن ماجه: الجنائز (١/ ٤٨٧) ح (١٥٢٢) فى الزوائد: ابن لهيعة ضعيف، والوليد مدلس، والبيهقى فى الكبرى (٤/ ٥٨) ح (٦٩٤٠).

(٥) أخرجه الدارقطنى: سننه (٢/ ٥٦) ح (٣، ٥) والطبرانى فى الكبير (١٢/ ٤٤٧) ح (١٣٦٢٢) وذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٢/ ٧٠) وقال: وفيه محمد بن الفضل بن عطية وهو كذاب. انظر تلخيص الحبير (٢/ ٣٧) ح (٢٦).

(٦) عند البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة بلفظ «حق المسلم على المسلم خمس» فذكر «واتباع الجنائز» أخرجه البخارى: الجنائز (٣/ ١٣٥) ح (١٢٤٠) ومسلم: السلام (٤/ ١٧٠٤) ح (٤/ ٢١٦٢).

فصل

والتكبير فيها أربع[١]، «لأن النبي ﷺ صلى على النجاشي فكبر أربعًا»[٢]، وروى: «أنه صلى على قبر مسكينة فكبر أربعًا»[٣]، وصلى علي رضي الله عنه على يزيد بن المكفف فكبر أربعًا[٤]، ولأن التكبير في صلاة الجنازة أقيم مقام الركعات في الصلوات، فجعل عدده كأكثر أعداد الركعات وهو أربع.

فصل

ولها إحرام وتحليل، فالإحرام هو التكبيرة الأولى والتحليل هو السلام[٥]، والأصل فيه أن كل صلاة افتتحت بالتكبير افتتاح تحريم ختمت بالتسليم، كالفرائض والنوافل، والسلام فيها واحدة، لأنه سلام تحليل كسائر الصلوات إلا أن المأموم لا يزيد على واحدة لأنه ليس فيها رد بخلاف الصلوات هو تحليل فقط، ويستحب إخفاءه لأن ذلك هو المنقول عن السلف.

فصل

لا يقرأ فيها شيء من القرآن، خلافًا للشافعي في قوله: إنه لابد أن يقرأ فيها بأم القرآن[٦]، لأن كل صلاة لا ركوع فيها لم يكن من سنتها قراءة، أصله: الطواف، ولأنه ركن من أركان الصلاة منفرد فلم يكن فيه قراءة، أصله: سجود التلاوة.

---

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٧٦).

(٢) أخرجه البخاري: الجنائز (٣/ ٢٤٠) ح (١٣٣٤) ومسلم: الجنائز (٢/ ٦٥٧) ح (٦٤/ ٩٥٢).

(٣) أخرجه النسائي: الجنائز (٤/ ٣٣) (باب: الإذن بالجنازة) ومالك في الموطأ: الجنائز (١/ ٢٢٧) ح (١٥) انظر نصب الراية (٢/ ٢٦٥).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣/ ٥٧٥) ح (٦٧٣٢).

(٥) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٧٦).

(٦) قال الشافعي: (فلذلك نقول يكبر أربعًا على الجنائز يقرأ في الأولى بأم القرآن ثم يصلي على النبي ﷺ ويدعو للميت وقال بعض الناس لا يقرأ في الصلاة على الجنازة). الأم للشافعي (١/ ٢٣٩). روضة الطالبين (٢/ ١٢٥).

فصل

ولا تترك الصلاة على أحد ممن يصلى إلى القبلة ، لقوله ﷺ : « صلوا على موتاكم»[١]، وقوله: «صلوا على من قال: لا إله إلا الله»[٢]، ولأن الصلاة متعلقة بحرمة الدين، وذلك يستوى فيه جميع أهل الملة.

فصل

إذا ثبت ذلك فلا فرق بين العدل والفاسق والباغى وصاحب الكبيرة والمقتولين فى حد وقود، إلا أنه يكره للإمام وأهل الفضل أن يصلوا على البغاة وأهل البدع، وللإمام خاصة ألا يصلى على من قتله فى حد[٣]، لأن الله تعالى نهى نبيه ﷺ عن الصلاة على المنافقين تأديبًا لهم وردعًا، فكان ذلك أصلاً فى كل من كان على غير الطريق من فساد الاعتقاد، فإن الإمام وأهل الفضل يجب ألا يصلوا عليه، ويصلى عليه سائر الناس.

فأما من قتله الإمام فى حد فلأنه ﷺ لم يصلِّ على ماعز[٤]، والغامدية[٥] لما رجمهما، وكذلك الأئمة بعده لم يصلوا على من أقاموا عليهم الحدود بل تركوهم مع أهليهم، ويصلى عليهم سائر الناس، ولأنا قد بينا أن فى ذلك ردعًا لهم وإبانة عن نقصهم ليكون ذلك زجرًا لغيرهم ممن سلك طرائقهم.

فصل

ومن جلده الإمام فى حد فمات من الضرب فإنه يُصلى عليه بخلاف المرجوم لأنه قصد قتل المرجوم ولم يقصد قتل المجلود، وإنما مات من مرض وهو الوجع من الضرب[٦].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٦١).

(٤) أخرجه البخارى: الحدود (١٢/ ١٣٨) ح (٦٨٢٤) عن ابن عباس رضى الله عنهما. ومسلم: الحدود (٣/ ١٣٢١) ح (٢٢/ ١٦٩٥) عن سليمان بن بريدة عن أبيه رضى الله عنهما من حديث طويل وفيه أيضًا خبر الغامدية.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر المدونة (١/ ١٦١).

فصل

ولا يصلى على سقط الا أن يستهل صارخًا، تحرك أو لم يتحرك[1]، خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لأن الصلاة إنما هى على من علمت حياته قبل موته، وأمارة الحياة هى الصياح أو ما يقوم مقامه من طول المكث إذا طالت به مدة يعلم أنه لو لم يكن حيًا لم يبق إليها، ولا معتبر بالحركة لأنها لا تدل على الحياة، لأن المقتول يتحرك وليس بحى، ولأنه قد كان متحركًا قبل وضعه ولم يحكم بحياته، وروى: «إذا استهل المولود صارخًا غسل وصلى عليه ووجبت ديته وميراثه»[4].

فصل

والشهيد المقتول فى سبيل الله لا يغسل ولا يصلى عليه، ويدفن بثيابه إذا مات أو أنفذت مقاتله فى المعترك، خلافًا لأبى حنيفة[5]، لما روى جابر أن رسول الله ﷺ كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد فى ثوب واحد، ويسأل أيهما أكثر أخذًا للقرآن فيقدمه فى اللحد، وأمر بدفنهم بدمائهم ولم يصلِّ عليهم ولم يغسلهم»[6]، وروى: أنه لم

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٦٢).

(٢) لم تتعرض كتب الأحناف فى هذه المسألة لاعتبار الحركة أو عدمها ولكنهم اعتبروا استهلال الصبى فقط بالصوت. انظر الاختيار للموصلى (١/ ١٢٥). الهداية للمرغينانى (١/ ٩٩).

(٣) قال الإمام النووى: (السقط له حالان: أحدهما: أن يستهل أو يبكى ثم يموت فهو كالكبير. الثانى: أن لا تيقن حياته باستهلال ولا غيره فتارة يعرى عن أمارة كالاختلاج ونحوه وتارة لا يعرى فإن عرى نظر إن لم يبلغ حدًا ينفخ فيه الروح وهو أربعة أشهر فصاعدًا لم يصلِّ عليه قطعا ولا يغسل على المذهب وقيل فى غسله قولان. وإن بلغ أربعة أشهر صلى عليه فى القديم ولم يصلِّ فى الجديد ويغسل على المذهب أما إن اختلج أو تحرك فيصلى عليه على الأظهر وقيل قطعًا. ويغسل على المذهب. وقيل: فيه القولان، وما لم يظهر فيه خلقة آدمى يكفى فيه الموارة كيف كانت) انظر روضة الطالبين (٢/ ١١٧). مجموع شرح المهذب (٥/ ٢٥٥).

(٤) أخرجه الترمذى: الجنائز (٣/ ٣٤١) ح (١٠٣٢) بلفظ «الطفل لا يصلى عليه، ولا يرث، ولا يورث، حتى يستهل» عن جابر، وابن ماجه: الجنائز (١/ ٤٨٣) ح (١٥٠٨) عن جابر بن عبد الله أيضًا بلفظ «إذا استهل الصبى صلى عليه وورث» انظر نصب الراية (٢/ ٢٧٧).

(٥) فى قوله أن الشهيد يصلى عليه ففى كتب الأحناف يقولون (إن الشهيد من قتله المشركون أو وجد فى المعركة وبه أثر أو قتله المسلمون ظلمًا ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل). انظر الهداية (١/ ١٠١) الاختيار (١/ ١٢٩).

(٦) أخرجه البخارى: الجنائز (٣/ ٢٤٨) ح (١٣٤٣)، وأبو داود: الجنائز (٣/ ١٩٢) ح (٣١٣٨) =

يصلِّ على أحد من الشهداء إلا حمزة»[1].

ولأن الغسل متعلق بالصلاة فإذا كان الشهيد لا يغسل ثبت أنه لا يصلى عليه، ولأنه مستغن بفضل الشهادة عن الصلاة بقوله: أنا شهيد على هؤلاء.

فصل

فأما إن حمل من المعترك جريحًا فبقى زمانًا أو أيامًا، ثم مات فإنه يغسل ويصلى عليه[2]، لأن الخبر ورد فيمن قتل فى المعترك، ولأنه إذا حمل وعاش أمكن أن يكون مات من سبب طرأ عليه فلم يكن حكمه حكم من مات فى المعترك، ولأن الذى فاضت نفسه فى المعترك له منزلة لا يدانيه فيها غيره لأنه فارق الدنيا على نصرة الدين والتوحيد، وذلك أشرف المقامات فلم يحتج إلى شفاعة المصلين، وهذا هو الفرق بين الشهيد فى سبيل الله وبين سائر الشهداء من الغريق والطعين[3] والهديم[4] والحامل ومن قتل دون ماله ومن ذكر معهم.

فصل

ومن مات من السبى[5] قبل أن يتلفظ بالشهادتين فلا يغسل ولا يصلى عليه لأنه مات على أصل الكفر، لأنه لم يثبت له الإسلام لا من جهة الاعتقاد ولا الحكم، لأنه لم يكن سوى سبيه، والسبى لا يزول عنه حكم الكفر، وإن قالها ابتداء غسل وكفن وصلى عليه، وكذلك إن قالها عن تلقين إذا كان طوعًا من غير إكراه، لأن الظاهر إجابته إلى الإسلام وتدينه به، وقد قال ﷺ : «صلوا على من قال لا إله إلا الله»[6]، فعم ولم يفرق.

= والترمذى: الجنائز (٣/٣٤٥) ح (١٠٣٦).

(١) أخرجه أبو داود: الجنائز (٣/١٩٢) ح (٣١٣٧) والدارقطنى: سننه (٤/١١٦) ح (٤٣) انظر نصب الراية (٢/٣٠٩).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٦٤).

(٣) أى: الذى مات بالطاعون.

(٤) الذى مات تحت الهدم. كالذى هدم عليه جدار مثلاً.

(٥) يقال سبى العدو سبيًا وسباء أسره. القاموس المحيط (٤/ ٣٤٠).

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

والإمام أولى بالصلاة على الميت من عصبته[١]، لأن طريقها الولاية وقد قال ﷺ: «لا يؤم الرجل فى سلطانه ولا بيته إلا بإذنه»[٢]، ولأن الحسين رضوان الله عليه قدم سعيد بن العاص، وكان الأمير فصلى على الحسن رضى الله عنه وقال: أنت الأمير ولولا السنة ما قدمتك[٣]، ولأنها صلاة تفعل فى الاجتماع فكانت إلى الأئمة كالجمعة والعيدين، ولأن السلطان لما كان مقدمًا على صاحب الدار كان مقدمًا على الولى.

وإذا كان بموضع لا سلطان فيه فالحق للأولياء، فأولاهم بذلك أقواهم تعصيبًا وأحقهم الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم ولده، وهم الإخوة ثم ولد ولده وهم بنو الإخوة، ثم الجد ثم ولده وهم العمومة، ثم ولدهم وهم بنو العمومة، فإنما قدمنا الإخوة وبنيهم على الجد، لأن الولاية يطلب فيها محض التعصيب وتعصيب الإخوة أمحض من تعصيب لا يشوبه ولادة ولا يأخذون بالفرض بحال[٤].

فصل

ولا ولاية للزوج لأن ليس من قرابتها[٥]، إلا أن يكون ابن عمها فيصلى بالتعصيب لا بالزوجية، ولأن العصمة منقطعة بينه وبينها فكان كالأجنبى، ويفارق الغسل لأنه يتعلق بمسها والنظر إلى بدنها وللزوج من التخصيص بذلك والاطلاع عليه ما ليس للأولياء فكان أولى منهم.

---

(١) العصبة: الذين يرثون الرجل عن كلالة من غير والد ولا ولد فأما فى الفرائض فكل من لم يكن له فريضة مسماة فهو عصبة إن بقى شىء بعد الفرض أخذ، وقوم الرجل الذين يتعصبون له. القاموس المحيط (١/ ١٠٥).

(٢) أخرجه مسلم: المساجد (١/ ٤٦٥) ح (٢٩٠/ ٦٧٣) وأبو داود: الصلاة (١/ ١٥٦) ح (٥٨٢) والترمذى: الصلاة (١/ ٤٥٨) ح (٢٣٥).

(٣) أخرجه أحمد: المسند (٢/ ٦٩٦) ح (١٠٨٨٠) باختصار، والبيهقى فى الكبرى (٤/ ٤٥ ـ ٤٦) ح (٦٨٩٤).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٧٤ ـ ٢٧٦).

(٥) انظر المدونة (١/ ١٦٩).

فصل

وإذا اجتمعت جنائز الرجال والنساء قرب إلى الإمام جنائز الرجال ثم بعدها جنائز النساء، فإن كان معهما جنائز صبيان جعلت بعد جنائز الرجال وبعدها جنائز النساء، وإن كان معهم خنثًا جعلت جنائزهم بعد الصبيان ثم النساء بعد الجميع[1].

وإنما قلنا ذلك لأن من يلى الإمام يجب أن يكون مقدمًا أو مؤخرًا حسب حرمته وذلك أن المصلين خلف الإمام يترتبون على هذه السبيل: فيكون صفوف الرجال أقرب إلى الإمام ثم صفوف النساء بعده، فكذلك فى هذا الموضع يجب أن يكون الأفضل من يلى الإمام، والأصل فيه قوله ﷺ: «ليلنى منكم ذوو الأحلام والنهى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم»[2]، فجعل الرتبة فى القرب منه والبعد بحسب الحرمة والجنس.

وإذا ثبت ذلك جعلت جنائز الرجال ما يلى الإمام لأنهم أعلى حرمة من النساء، ثم الصبيان لأنهم من جنس الذكور، والتذكير فى الجملة أفضل من التأنيث، ثم النساء بعد الصبيان.

وإن كانت معهم خنثًا جعلت جنائزهم بعد الصبيان ثم النساء بعد الكل لأنه لما أشكل أمرهم كانوا أقرب إلى الرجال من الإناث المقطوع بأنوثتهن.

فصل

ومن فاته بعض التكبير قضى ما فاته ودعا بين التكبيرات، إن لم يخف رفع الجنازة قبل فراغه، وإن خاف أن ترفع عن سرعة قضاه قضاء نسقًا[3]، لأنه إذا خاف ذلك لم يمكنه أن يدعو، لأنه إن تشاغل بالدعاء حصل منه أن يكون مصليًا عليها بعد رفعها وذلك غير جائز، وإذا أمن ذلك دعا بين التكبيرات كما كان لو أدركها من أولها لزوال الضرورة.

---

(١) الكافى (١/٢٧٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) من النسق وهو عطف الكلام بعضه على بعض والنسق ما جاء من الكلام على نظام واحد وما يقصده المصنف أى: يعطف التكبير بعضه على بعض نسقًا واحدًا. القاموس المحيط (٣/ ٢٨٥).

فصل

وإذا سبقه الإمام بتكبيرة أو تكبيرتين وجاء والإمام يدعو ففيها روايتان[١]: إحداهما: أنه يكبر لوقته، والأخرى: أنه لا يكبر وينتظر تكبيرة الإمام ثم يكبر هو لإحرامه فوجه الأولى: اعتبارًا بسائر الصلوات أن إذا فاته بعض الصلاة أخر حين يدخل ولم ينتظر فعل الإمام، ووجه الثانية: أن التكبيرات كالركعات، فلما كان لفوات بعضها تشاغل بما أدرك دون قضاء ما فات كذلك هاهنا.

فصل

لا تعاد الصلاة على الميت قبل الدفن ولا بعده خلافًا للشافعي[٢]، لأن الفرض قد سقط بالصلاة الأولى، فما زاد عليه تنفل، وذلك غير جائز على الميت، ولأنه حكم وجب فيه بالموت، فإذا سقط الفرض فيه لم يعد كالغسل.

فصل

ولا يصلى على قبر إلا أن يكون دفن قبل أن يصلى عليه، لأنه لو جاز ذلك لكان أولى من فعل به ذلك رسول الله ﷺ، لفضله ورجاء البركة بالصلاة عليه، ولأن الدفن لو لم يمنع إعادة الصلاة لم يكن لذلك غاية ينقطع إليها.

فأما إذا دفن بغير صلاة فتلك حال ضرورة لأن الفرض لم يسقط فيه، وكذلك فعل رسول الله ﷺ بالمسكينة لما دفنت من غير أن يعلم من دفنها[٣].

فصل

إذا وجد أكثر الجسد صلى عليه[٤]، لأن حكم الأكثر حكم الكل، ولا يصلى على العضو كاليد والرجل خلافًا للشافعي[٥]، اعتبارًا بالسن والشعر، ولأن الصلاة على الميت لا تعاد ويمكن أن يوجد أكثر البدن فتعاد الصلاة.

---

(١) المدونة الكبرى (١/ ١٦٣).

(٢) انظر الأم للشافعي (١/ ٢٤٤) روضة الطالبين (٢/ ١٣٠).

(٣) أخرجه البخاري: الصلاة (١/ ٦٥٨) ح (٤٥٨) ومسلم: الجنائز (٢/ ٦٥٩) ح (٧١/ ٩٥٦).

(٤) المدونة الكبرى (١/ ١٦٣).

(٥) انظر روضة الطالبين (٢/ ١١٦). مجموع شرح المهذب (٥/ ٢٥٥).

وأظن أن من أصحابنا من يقول: يصلى عليه[1]، وينوى به الميت وهو قول عبد العزيز ابن الماجشون، ووجه اعتباره بالكثير بعلة أن تعذر الجملة لا يمنع ذلك فى البعض.

فصل

ويجعل الميت فى قبره على جنبه الأيمن مستقبل القبلة لقوله: «أشرف المجالس ما استقبل به القبلة»[2]، ولأنها حال يحتاج فيها من القربة إلى نهاية الممكن، وقد روى عن السلف أنهم أمروا أن يفعل ذلك بهم عند احتضارهم، ولأن الميت كان يعظم هذه الجهة فى حياته فيجب أن يوجه إليها بعد وفاته، فإن لم يقدر على ذلك جعلت رجلاه فى القبلة واستقبلها بوجهه كالمريض يوجه للصلاة، وقيل فى المريض: إذا لم يتمكن من توجيهه على الجانب الأيمن فعلى الأيسر، فإن لم يقدر جعلت رجلاه فى القبلة فيجب أن يكون كذلك فى الدفن.

فصل

وليس لمن ينزل القبر لتولى الدفن عدد معلوم، وإنما هو على حسب الحاجة، فقد يكون الميت عظيم الجثة ثقيلها فيحتاج إلى جماعة يتناولونه من النعش إلى اللحد، وقد يكون خفيفًا يكفيه الواحد، وفى الجملة فلا ينبغى أن يزاد على قدر الحاجة كما لا ينبغى أن ينقص عنها.

فصل

واللحد[3] أفضل من الشق إلا لضرورة لقوله ﷺ: اللحد لنا والشق لغيرنا»[4]،

---

(١) قال ابن عبد البر: (ومن أهل المدينة من يرى الصلاة على كل عضو لأن الحرمة فى ذلك واحدة ومنهم من يقول: إذا صلى على الرأس لم يصل على سائر الأعضاء وكلها أقاويل حِسَان من فعل بواحد منها لم يحرج) انظر الكافى (١/ ٢٨٠).

(٢) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٤/ ٢٦٩ ـ ٢٧٠) عن أبى المقدام هشام بن زياد وسكت عنه وتعقبه الذهبى وقال: هشام بن زياد متروك. والطبرانى فى الكبير (١٠/ ٣٢٠) ح (١٠٧٨١) وذكره الحافظ الهيثمى فى المجمع (٨/ ٦٢) وقال: وفيه هشام بن زياد أبو المقدام وهو متروك. انظر نصب الراية (٣/ ٦٢ ـ ٦٣).

(٣) اللحد: هو الشق ويكون فى عُرْض القبر ولحد القبر وألحده عمل له لحدًا والميت دفنه. القاموس المحيط (١/ ٣٣٥).

(٤) أخرجه أبو داود: الجنائز (٣/ ٢١٠) ح (٣٢٠٨)، والترمذى: الجنائز (٣/ ٣٥٤) ح (١٠٤٥) =

«وألحد له ﷺ»[1]، وكذلك السلف بعده وعليه عمل الأمة.

فصل

وينهى عن تجصيص القبور وبنيانها[2]، «لنهيه ﷺ عن تقصيص القبور»[3]، والقصة الجص، ولأن ذلك من زينة الدنيا وتفاخرها والميت غير محتاج إليه والله أعلم.

* * *

= وقال: حسن غريب. والنسائي: الجنائز (٤/ ٦٦) (باب اللحد والشق)، وابن ماجه: الجنائز (١/ ٤٩٦) ح (١٥٥٤).

(١) أخرجه مسلم: الجنائز (٢/ ٦٦٥) ح (٩٠/ ٩٦٦) والنسائي: الجنائز (٤/ ٦٦) (باب اللحد والشق) وابن ماجه: الجنائز (١/ ٤٩٦) ح (١٥٥٦).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ١٧٠).

(٣) أخرجه مسلم: الجنائز (٢/ ٦٦٧) ح (٩٤، ٩٥/ ٩٧٠)، والترمذي: الجنائز (٣/ ٣٥٩) ح (١٠٥٢)، والنسائي: الجنائز (٤/ ٧٢) (باب تجصيص القبور)، وابن ماجه: الجنائز (١/ ٤٩٨) ح (١٥٦٢).

٤
كتاب الزكاة

الزكاة[١] واجبة فى الجملة لقوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾ [البقرة:٤٣]، وقوله: ﴿وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة﴾ [فصلت:٧]، وقوله: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام:١٤١]، وقوله: ﴿ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾ [البقرة:٢٦٧]، وقول النبى ﷺ: «بنى الإسلام على خمس: فذكر، وإيتاء الزكاة»[٢]، وقوله: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم»[٣]، وحديث أبى بكر رضوان الله عليه مع أهل الردة وقتاله إياهم على منع الزكاة وقوله: «لو منعونى عقالاً مما كانوا يدفعونه إلى النبى ﷺ لجاهدتهم عليه»[٤]، ولا خلاف فى وجوبها فى الجملة[٥].

فصل

والزكاة الواجبة فى الأموال على ضربين: زكاة عين وزكاة قيمة، فأما زكاة العين فهى من ثلاثة أنواع، وهى: العين: الذهب والفضة. والحرث: وهو ما أنبتت الأرض من الزرع والثمار من المقتات. والماشية: وهى الإبل والبقر والغنم، ولا تجب زكاة عين فيما عدا ذلك من الأنواع الثلاثة[٦].

---

(١) الزكاة لغة: النمو والبركة أى زيادة الخير يقال زكى المال إذا زاد وزكى الزرع أى: نما وطال. وشرعا: جزء من المال شرط وجوبه لمستحقه بلوغ المال نصابًا. انظر الشرح الكبير (١/ ٤٣٠) شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٤٠).

(٢) أخرجه البخارى: الإيمان (١/ ٦٤) ح (٨) ومسلم: الإيمان (١/ ٤٥) ح (١٩/ ١٦).

(٣) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٣٠٧) ح (١٣٩٥) ومسلم: الإيمان (١/ ٥٠) ح (٢٩/ ١٩) عن ابن عباس بلفظ «فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقه فى أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم».

(٤) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٣٠٧) ح (١٣٩٩، ١٤٠٠) ، ومسلم: الإيمان (١/ ٥١) ح (٣٢/ ٢٠).

(٥) الإجماع لابن المنذر (ص ٤٢) المغنى (٢/ ٤٣٣).

(٦) انظر الكافى (١/ ٢٨٤).

فصل

فأما زكاة العين فمن شروطها النصاب[١] والحول[٢] إلا أن يكون من معدن، فلا يعتبر فيه الحول على ما نذكره، وأما النصاب فهو فى الذهب عشرون ديناراً لا تجب الزكاة فى أقل منها إلا أن يكون نقصاناً يسيراً تجوز فيه جواز التامة فلا يمنع الوجوب[٣].

فإذا بلغت عشرين ففيها ربع العشر وهو نصف دينار، وهو فى الفضه مائتا درهم، لا تجب فى أقل منها إلا أن يكون نقصاناً يسيراً على ما ذكرناه، فإذا كانت مائتين ففيها ربع العشر وهو خمسة دراهم، والدليل على هذه الجملة قوله ﷺ: «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة»[٤]، وقوله: «هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهماً وليس عليك شيء حتى يكون لك مائتا درهم، فإذا كان لك مائتا درهم ففيها خمسة دراهم وليس عليك شيء حتى تكون لك عشرون ديناراً ففيها نصف دينار»[٥].

فصل

ما زاد على النصاب ففيه بحسابه قل أم كثر خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: «لا شيء فى الزائد حتى يكون أربعين درهماً فيكون منها درهم ولا فيما زاد على العشرين حتى يكون أربعة دنانير[٦] لقوله ﷺ: «فى الرقة ربع العشر»[٧] فعم، وقوله: «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة»[٨] فمفهومه وجوب الزكاة فيها وفيما زاد عليها ولأنها

---

(١) النصاب لغة: الأصل، وشرعاً: القدر الذى إذا بلغه المال وجبت الزكاة فيه وسمي نصاباً أخذاً له من النصب. انظر حاشية الدسوقى (١/ ٤٣٠).

(٢) سمى الحول حولاً لتحول الأحوال فيه وسنة لتسنه الأمور أى تغيرها وعاماً لعموم الشمس فى تنقلها. انظر تعليقات الشيخ عليش على حاشية الدسوقى (١/ ٤٣١).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٨٥).

(٤) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٣٦٣) ح (١٤٤٧) ومسلم: الزكاة (٢/ ٦٧٣) ح (١/ ٩٧٩).

(٥) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١٠١ ـ ١٠٢) ح (١٥٧٢) انظر نصب الراية (٢/ ٣٦٦).

(٦) قال الحافظ ابن سلطان الحنفى: (وفى كل خمس زاد على النصاب أى نصاب النقدين وهو أربعة دنانير فى الذهب وأربعون درهماً فى الورق بحسابه عند أبى حنيفة وما دونه عفو وقالا يجب فى كل ما زاد على النصاب بحسابه) انظر شرح النقاية (١/ ٣٦٤).

(٧) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٣٧١) ح (١٤٥٤) وأحمد: المسند (١/ ١٦) ح (٧٣).

(٨) تقدم تخريجه.

زيادة على نصاب فى ذهب أو ورق يمكن إخراج ربع عـشرها، دليلها الأربعون درهمًا والأربعة دنانـير، ولأن الأربعة دنانيـر زيادة على النصـاب فلم يجز أن يكون حـدًا وما دونها عفوًا، أصله: السـتة ولأنه نوع مال يجب على متلفه مثله فلم يكن فيـه عفو بعد الوجوب كالحبوب.

فصل

فأما اعتبار الحول فلقـوله ﷺ: «لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول»[١]، وروى عن أبى بكر[٢]، وابن عمر[٣]، وبه عملت الأمة والسلف ولا خلاف فيه[٤].

فصل

ولا فرق بين أنواع الجنس من ذلك من كونه جيدًا أو رديئًا، أو كون الذهب أحمر أو أصفـر، ولا بين أنواع صفـاته من التـبر[٥]، والنقار[٦]، والمضروب[٧]، والصحاح[٨]، والغلة، والمصوغ[٩]، والمكسور[١٠]، إلا أن يكون حليًا للبس على الوجه المبـاح على ما سنذكره.

والأصل فى هذه الجملة قوله تعالى: ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله﴾ [التوبة:٣٤] ، يعنى : يؤدون زكـاتـهـا ، وقـوله ﷺ : «فى الرقـة ربع

(١) أخـرجه أبو داود: الزكـاة (٢/١٠٢) ح (١٥٧٣) عن على رضى الله عنه بلفظ «ليس فى مـال زكاة حتى...» والترمـذى: الزكاة (٣/١٦) ح (٦٣١ ـ ٦٣٢) عن ابن عمر رضى الله عنه بلفظ «من استفاد مالاً،فلا زكاة فـيه حتى...» وابن ماجه: الزكاة (١/٥٧١) ح (١٧٩٢) من حديث عائشة واللفظ. انظر نصب الراية (٢/٣٢٨ ـ ٣٣٠).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/١٧٤) ح (٧٣١٨).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/١٧٤) ح (٧٣٢٠).

(٤) الإجماع لابن المنذر (ص ٤٤) المغنى (٢/٤٩٦).

(٥) التبر بالكسر الذهب والفـضة أو فتاتهما قبل أن يصاغـا فإذا صيغا فهما ذهب وفـضة. القاموس المحيط (١/٣٧٩).

(٦) النقار من النُقر وهو القطعة المذابة من الذهب والفضة. القاموس المحيط (٢/١٤٧).

(٧) ما يصنع ويضرب على هيئة النقود.

(٨) التى تعتبر تامة غير مكسرة.

(٩) الذى صيغ للزينة حليًا.

(١٠) ضد الصحاح وهى التى تعتبر بالوزن لا بالعدد.

العشر»[١]، فقيل: إن الرقة اسم للورق خاصة، وقيل: الذهب والورق، وقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة»[٢]، ولا خلاف فى ذلك.

فصل

ويجمع بين الذهب والفضة فى الزكاة، فإذا كان معه من كل واحد منهما دون النصاب، وأحدهما إذا ضم عدل بالآخر، كان فى معنى من معه نصاب كامل من أحدهما فعليه الزكاة، وقال الشافعى: لا يجمع بينهما[٣]، ودليلنا قوله ﷺ: «فى الرقة ربع العشر»[٤] فعم، ولأنهما متفقان فى المقصود منهما فى كونهما أصولاً للأثمان وقيمًا للمتلفات، فكان المالك لأحدهما كالمالك للآخر، ولأنه لو كان معه مائة درهم وعرض يساوى مائة درهم لضمه إلى المائة وزكى الجميع إذا كان مديراً، وأدنى أحوال الذهب أن يكون كالعرض، ولأنه مال يجب فيه ربع عشرة، فلزم ضمه إلى ما معه، أصله: إذا كان من جنسه.

فصل

ووجه التعديل بينهما أن يقام المثقال بإزاء عشرة دراهم، فإذا حصل من الجميع ما يكون به فى معنى المالك المائتين أو للعشرين ديناراً لزمته الزكاة[٥]، مثاله: أن يكون معه مائة درهم وعشرة دنانير، أو خمسة عشر ديناراً وخمسون درهمًا، فإن قومت المائة بالذهب كان فى معنى المالك لعشرين ديناراً، وإن قومت العشرة الدنانير بالدراهم كانت فى معنى مائة درهم فأما إذا ضمها إلى المائة كان المالك للمائتين، ولو كان معه مائة درهم وتسعة دنانير، وتسعة دنانير تساوى مائة درهم لم يضمها إليها لأن ذلك أكثر من المثقال بعشرة دراهم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الإمام الشافعى: (إذا كانت لرجل عشرون مثقالاً من ذهب إلا قيراطًا أو خمس أواقى فضة إلا قيراطًا لم يكن فى واحد منهما زكاة ولا يجمع الذهب إلى الورق. ولا الورق إلى الذهب ولا صنف مما فيه الصدقة إلى صنف) الأم للشافعى (٢/ ٣٤) روضة الطالبين (٢/ ٢٥٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) المدونة الكبرى (١/ ٢٠٨).

فصل

ويخرج عن كل واحد مـن النوعين منه، فإن أراد أن يخرج عن أحـدهما من الآخر جاز له ذلك ولا يكون ذلك فيه قيمة، وإنما يكون بدلاً أن أحدهما فى معنى الآخر فيما له إيراد يقوم مقامه وينوب منابه.

فصل

واختلف أصحابنا فى كيفية الإخراج على ثلاثة أوجه:

فقيل: بالقيمة قلت أم كثرت، وهذا قول ابن المواز.

وقيل: ما لم ينقص عن المثقال بعشرة دراهم فإن نقص لم ينقص منه وإن زاد أخرج الزائد لأن الغرض بذلك الاحتياط.

وقيل: بالتـعديل على حساب المثـقال بعشرة دراهم ذكـره الشيخ أبو بكر عن بعض أصحابنا[1].

فـوجه الأول: فـلأنه مـعاوضـة فى حق الغـيـر، فكانت بالقـيمـة، أصله: سـائر المعاوضات.

ووجـه الثانى: أن الأصل إخـراج النوع من نوعـه، وإنما سومح فى أن يخـرج عن أحـدهما من الآخـر، فـيجب أن تكون المسـامـحة على وجـه لا يدخل الضـرر على المساكين، فإذا عـاد بنقصانه عن القيمة الشـرعية لم ينقص ورجع به إلى أصله وإن زاد لزم إخراج الزائد.

ووجه الثـالث: هو أن الإخراج فى هذا الموضع فرع لأصل الضم وإيجاب الجـميع، فإذا كان أصل الجميع هو بالتعديل، فكذلك الإخراج[2]، والله أعلم.

فصل

إذا كان النصاب ناقصًا نقصانًا يسيراً لا يؤثر ويجرى مجرى الوازن فى العادة والعرف

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/٢٠٩).

(٢) انظر المقدمات مع المدونة (١/٢٢٩).

جازت المسامحة به ووجبت فيه الزكاة ، خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢] لقوله ﷺ: «فى الرقة ربع العشر»[٣]، ولأن ذلك إذا كان غير مؤثر فى العادة كان حكمه كحكم ما لم ينقص، ولأن ما هذه سبيله لا اعتبار به فى باب تعلق الأحكام بل يكون عفوًا كاختلاف المكاييل ونقصان العشر حبات والعشرين حبة فى الأوسق مما لا ينضبط فى الكيل.

فصل

وإذا كان معه مال يقصر عن النصاب فأفاد إليه فائدة تم بها نصابًا ضم الأول إلى الثانية وزكى الجميع لحول الثانية[٤]، هذا إذا كانت الفائدة من غير ربح الأول وذلك لأن الحول لا يثبت للمال إلا بأن يكون نصابًا أو مسندًا إلى نصاب وهذا معدوم فى مسألتنا، فوجب استئناف الحول من يوم أفاد الآخرة لأن من ذلك الوقت ثبت للمال حكم حول بكمال النصاب.

فصل

فإن كانت الأولى نصابًا والثانية دون النصاب زكى الأولى لحولها ولم يضم الثانية إليها بخلاف ما نقوله فى الماشية خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يضم الفائدة إلى الأصل إذا كان نصابًا كما يفعل ذلك فى الماشية[٥] لقوله: «لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول»[٦]، ولأنها فائدة من غير أصل المال الذى عنده فيما زكاته ربع عشره، فلم يضم إلى الأولى، أصله: إذا كان الأول دون النصاب وبذلك فارق الماشية.

فصل

وربح المال مضموم إلى أصله معتبر بحوله كان الأصل نصابًا أو دونه إذا تم نصابًا

---

(١) انظر الفتاوى الهندية (١/ ١٧٩).

(٢) قال النووى: (ولو نقص عن النصاب حبة أو بعض حبة فلا زكاة وإن راج رواج التام أو زاد على التام بجودة نوعه) روضة الطالبين (٢/ ٢٥٧) الأم للشافعى (٢/ ٣٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٠٩).

(٥) الفتاوى الهندية (١/ ١٧٩).

(٦) تقدم تخريجه.

بربحه أو بنتاجه إن كان ماشية لأنه ربح مال تجب فى عينه الزكاة، فكان حكمه فى الحول حكم أصله كما لو كان الأصل نصابًا.

فصل

ولا يجوز إخراج الزكاة قبل وجوبها خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2] لقوله: «لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول»[3]، لأنه تقديم الزكاة على بعض شروط وجوبها كما لو قدمها على النصاب، ولأنه تقديم الزكاة على وقت وجوبها كما لو قدمها لحولين أو ثلاثة، ولأنها أحد الأركان التى بنى الإسلام عليها فتقديمها على وقت وجوبها لا يسقط الفرض، أصله: الصوم والحج.

فصل

إذا أخرج الزكاة حين وجبت عليه من غير تفريط فهلكت قبل أن يوصلها إلى الفقراء لم يضمن، وكذلك إن وجبت عليه، فهلك المال قبل إمكان الإخراج لم يضمن خلافًا لمن ضمنه فى الوجه الأول[4] لأن الزكاة متعلقة بالعين دون الذمة، ولا تنتقل إلى الذمة إلا بتفريط، ولأن إخراجها موكول إلى أمانته فهو مؤتمن عليها، فكان كالساعى تتلف الزكاة بيده لأن يده يد أمانة ولأنا قد اتفقنا على أن المال لو هلك بعد حلول الحول، وقبل إمكان الأداء لم يلزمه شىء فكان تلف الزكاة بعد إفرادها من المال وقبل وصولها إلى الفقراء إذا لم يكن بتفريط كتلفها مع جملة المال.

---

(١) قال المرغينانى: (وإن قدم الزكاة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لأنه أدى بعد سبب الوجوب فيجوز كما إذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك رحمه الله ويجوز التعجيل لأكثر من سنة) الهداية (١/ ١١٠) الاختيار للموصلى (١/ ١٣٦).

(٢) انظر الأم للشافعى (٢/ ١٧). روضة الطالبين (٢/ ٢١٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال ابن أبى عمر المقدسى: المشهور عن أحمد أن الزكاة لا تسقط بتلف المال سواء فرط أو لم يفرط وحكى عنه الميمونى أنه إذا تلف النصاب قبل التمكن من الأداء سقطت الزكاة وإن تلف بعده لم تسقط وحكاه ابن المنذر مذهبًا لأحمد وهو قول الشافعى والحسن بن صالح وإسحاق وأبى ثور وابن المنذر) انظر الشرح الكبير (ط دار الفكر) (١/ ٦١٠).

فصل

إذا أخر إخراج الزكاة عن وقت وجوبها قادراً على إخراجها تعلقت بذمته ولم تسقط عنه بتلف ماله خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يضمنها[1] لأنه حبس الزكاة بعد وجوبها وقدرته على أدائها فوجب أن يضمنها، أصله: إذا طالبه فلم يفعل، ولأنه عاص بتأخيرها، لأنها واجبة على الفور فإذا أخرها ضمنها وتعلقت بذمته.

فصل

إذا حال الحول على نصاب عنده فلم يخرج زكاته حتى ابتاع به سلعة فباعها بربح فإنه يزكي المال الأول ولا يزكي الربح، لأن الربح لم يحل عليه الحول ولا يكون تابعًا لأصله[2] لأنه إنما يبيعه قبل تقرر الوجوب في الأصل، فلم يصح أن يتبعه ربح معدوم في ذلك الوقت ووجد في ثاني حال، وإذا ثبت ذلك وجب أن يزكي المال الأول ثم يزكيه للعام الثاني مع ربحه سواء ما أخرج عنه الزكاة للعام الأول، لأن الحول قد حال عليهما فصادفهما الوجوب.

فصل

الدين مسقط للزكاة عن مقدار ما قابله من العين دون الحرث والماشية، ثم ينظر فيما زاد على ذلك، فإن كان نصابًا زكاه، فإن قصر عن النصاب فلا زكاة فيه، مثاله: أن يكون معه ثلثمائة درهم ولا دين عليه فيكون عليها زكاتها سبعة دراهم ونصف، فإذا كان عليه دين مائة درهم أقام بإزائه من الثلثمائة مائة ثم زكى عن مائتين، وإن كان أصل ما معه مائتين أقام منها بإزاء الدين مائة ثم لا زكاة عليه في الباقي، وكذلك لو كان عليه خمسة دراهم لم يزك الباقي لأنه يقصر عن النصاب، وسواء كان الدين من جنس العين أو من غير جنسها، وكل هذا خلافًا للشافعي في قوله: إن الدين لا تأثير له في إسقاط

---

(١) قال الموصلي: (ولو امتنع بعد طلب الساعي يضمن على قول الكرخي لأنها أمانة فتضمن بالهلاك بعد الطلب كالوديعة وقال عامة المشايخ: لا تضمن لأن المالك إن شاء دفع العين وإن شاء دفع القيمة من النقدين والعروض غير ذلك فكان له أن يؤخر الدفع ليحصل العوض وأما بالاستهلاك فقد تعدى فيضمن عقوبة له) الاختيار (١/ ١٣٥).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢١٠).

الزكاة عن العين[1]، لما روى أصحابنا عن عمير بن عمران عن نافع عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «إذا كان للرجل ألف درهم وعليه ألف درهم فلا زكاة عليه» ولأن الدين قد أخذ عوضه والزكاة لم يؤخذ عوضها فكان الدين مقدمًا على الزكاة كما قدم على الميراث.

فصل

والفرق بين العين والماشية والحرث من وجهين: أحدهما أن زكاة الحرث والماشية إلى الإمام، فلو قبل قول أربابها أن عليهم ديونًا لأدى ذلك إلى ترك إخراج الزكاة فحسم الباب بمنعه، وليس كذلك الذهب والفضة لأن زكاتها موكولة إلى أربابها، والثانى: أن الحرث والماشية، أموال ظاهرة وليس كذلك الذهب والفضة لأنها تخفى وتبطن.

فصل

وإن كان عنده من العروض ما فيه وفاء بدينه جعل الدين فى العروض وزكى ما فى يديه من العين إن كان نصابًا، وإن كان دينه أكثر من عروضه أقام من العروض بإزاء قيمتها من الدين ثم ضم إلى ذلك مما فى يديه من العين ما يقوم بتمام دينه ثم زكى الباقى إن كان نصابًا، وكل هذا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الدين يجعل فى العين ولا يجعل فى العروض ويسقط الزكاة[2]، ودليلنا: إذا جعلنا الدين بإزاء العروض أمكن الجمع بين أداء الزكاة والدين فكان أولى من إسقاط أحدهما بالآخر، أصله: إذا كان معه من العين ما يفى بدينه ويفضل معه نصاب، ولأن العروض نوع من المال مأمون فجاز أن يفعل فى الدين، أصله: العين.

فصل

والعروض التى يقيمها بإزاء الدين هى ما يستغنى عنه غالبًا ويباع عليه فى دينه دون ما لا مندوحة له عنه من ثيابه التى تستر عورته وما لابد [له][3] منه من لباس وحصير

---

(١) قال الإمام النووى: (الدين هل يمنع وجوب الزكاة فيه ثلاثة أقوال أظهرها وهو المذهب والمنصوص فى أكثر الكتب الجديدة: لا يمنع) انظر روضة الطالبين (٢/١٩٧) الأم للشافعى (٢/٢٢).

(٢) الاختيار للموصلى (١/١٣٢). الهداية للمرغينانى (١/١٠٤).

(٣) لم تثبت كلمة (له) فى (أ).

وغطاء وما جرى مجرى ذلك، وكذلك كسوة جمعته التى لا يبلغ ثمنها ذلك المبلغ، وكذلك منزله إذا كان قريبًا للثمن وكان ذا عيال ولم يكن له خطر وبال، فهذا لا يحسب فى دينه ويحسب ما عداه.

فصل

وإذا كان عليه دين وله مكاتب جعل الدين فى كتابته وأدى الزكاة عن عينه[1] لأن الكتابة فى معنى المال لأنه يبيعها إذا أراد ويؤدى الدين منها، وإن كان له مدبر فاختلف أصحابنا فمنهم من قال: يجعل الدين فى قيمة رقبته لأنه لو قتل لوجبت قيمته قيمة عبد، ومنهم من قال: فى قيمة خدمته لأن السيد لا يملك منه إلا الخدمة، وإن كان له دين على ثقة ملىء غير منكر جعل دينه فيه وأخرج الزكاة من عينه[2].

فصل

الدين لا تجب فيه الزكاة وإن أقام سنين حتى يقبض خلافًا للشافعى[3] لأن الله أوجب زكاة المال منه لا من غيره عنه ولا سبيل إلى ذلك إلا بقبضه، ولأن الدية ومال الكتابة لا زكاة فيهما، وإن أقاما سنين وكذلك الدين على معسر لأن ذلك فى الذمة فكذلك سائر الديون.

فصل

الديون على ثلاثة أضرب:

منها: ما كان أصله فى يده عينًا ثم يصير دينًا، وذلك مثل أن يكون مع رجل ألف درهم فيقرضها من رجل أو يبتاع بها عرضًا ويبيعه من رجل بدين فيقيم ذلك فى ذمة المقترض أو المشترى سنة أو سنين عدة، فهذا إذا قبضه زكاه ساعة قبضه لسنة واحدة.

ومنها: ما يكون ابتداؤه فائدة إما بميراث أو هبة أو صدقة أو أرش جناية أو دية أو مهر أو ثمن سلعة كانت القنية[4]، فهذا إذا قبض استقبل له الحول.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٩٤).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٩٤).

(٣) انظر الأم للشافعى (٢/ ٤٣). المهذب للشيرازى (١/ ١٥٨).

(٤) أى: للامتلاك.

ودين المدين، وهذا له حكم نذكره فيما بعد.

والفرق بين القسم الأول والثانى: أن الأول كان قد حصل معه عينًا فى طرفى الحول ولا اعتبار بكونه دينًا فى تضاعيفه، وفى الثانى: لم يحصل له عينًا إلا دفعة واحدة فلم يجر حكم الزكاة فيه.

فصل

والعروض[1] على ضربين: منها ما لا تجب الزكاة فيه بوجه وهو ما أريد للقنية ولم يرد للتجارة، وذلك كالثياب للبس والخيل للركوب والرقيق للخدمة، وكل ما عدا الذهب والفضة والحرث والماشية ولا خلاف فى هذا، ومنها ما يراد به التجارة، فتجب الزكاة فى قيمته خلافًا لداود[2]، لما رواه أبو ذر أن رسول الله ﷺ قال له: «أدِّ زكاة البر»[3]، ولأن فى إسقاط الزكاة عنه ذريعة إلى سقوط الزكاة فى أكثر الأموال لأن كل من خاف أن يؤدى الزكاة ابتاع بالعين عرضًا فتسقط الزكاة عنه.

فصل

وإذا اشترى العروض بنية التجارة ثبت الحكم فيه.

فإذا باعه بعد حول أو أحوال زكاه لسنة واحدة إن كان أصله عينًا، وإن كان ملكها عروضًا بميراث أو هبة أو غير ذلك، فمكثت عنده حولاً أو أحوالاً، ثم باعها، فإنه يستأنف الحول من يوم باعها، وحكمها حكم الدين، وهذا الذى ذكرناه، هو لمن يعرف حول ما يبيعه.

فأما المدير فإنه يزكى فى كل سنة، وصفة المدير مثل سائر التجارة الذين يديرون البيع والشراء والتجارة، فلا ينضبط لهم حول ما يبيعونه أو يشترونه.

فالوجه فيمن هذه صفته أن يجعل لنفسه شهرًا معلومًا من السنة لزكاته، فينظر ما

(١) العروض جمع عرض وهو غير الاثمان من المال على اختلاف أنواعه من النبات والحيوان والعقار وسائر المال.

(٢) قال النووى: (وحكى أصحابنا عن داود وغيره من أهل الظاهر أنهم قالوا: لا تجب) المجموع (٤١٦).

(٣) أخرجه أحمد: المسند (٥/ ٢١٣) ح (٢١٦١٢) بلفظ «... وفى البر صدقة» والدارقطنى: سننه (٢/ ١٠١) ح (٢٧) انظر تلخيص الحبير (٢/ ١٩٠) ح (١).

معه من العين وما عنده من العروض فيقـوِّمه ويضمه إلى عينه، وكذلك ما له من دين، فإذا عرف جميع ذلك، نظر فإن كان عليه دين أسقط بمقداره من الجملة وزكى الباقى إن كان نصابًا، وإن لم يكن عليه دين زكى ما معه.

والدليل على هذه الجملة أنا لو لم نفعل ذلك لـكان لابد من أحد أمرين: إما أن لا يؤدى أصلاً زكاة أو أن يكلف ضبط حول لكل عـرض عنده، ففى الأول ذريعة لإسقاط الزكاة، وفى الثانى تكليف ما لا يقدر عليه ولا يجد سبيلاً إليه فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

إذا قبض من دينه دون النصاب فلا زكاة عليه، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن قبض أربعين درهمًا أخرج درهمًا[1]، ولغيـره فى قوله: يزكى القليل والكثـير[2]، لأن ملكه قاصر عن نصـاب فأشبه من ملك فى الابتداء أقل من نـصاب ولأنا قد بينا أن الدين لا تلزم فيه الزكاة حتى يقبض، ودليلنا عليه أنه لا يجب أن يخرج عن المال من غيره، فلو أوجبنا عليه إذا قبض عـشرة دنانير أن يزكى عنها لجاز أن لا يقبض غـيرها فيؤدى ذلك إلى أن الزكاة تجب عليه فيما دون النصاب.

فصل

فإن كان عنده مال، فدخل عليه الحول يتم مـعه ما قبضه من دينه إذا ضم إليه نصابًا ضمـه إليه وزكى الجميع، لأنـه مالك لنصاب قد حـال عليه الحول حـصل عينًا فى يده طرفى الحول فأشبه ما يحول عليه الحول وهو فى يده، وكذلك يضم إليه ما خرج له من معدن.

فإذا ثبت هذا فلا يخلو مـا يقبضه من دينه أن يكون نصابًا أو دونه، فـإن كان نصابًا زكاه ثم يزكى ما يقبضه من بعد من قـليل أو كثير، وإن كان دون النصاب فلا يخلو أن يكون عنده مـا يتم به نصاب، أو لا يكون عنده فـإن لم يكن عنده لم تكن عليـه زكاة فيمـا قبضه للعلة التى ذكـرناها، وإن قبض بعد تمام النصاب زكى جمـيع النصاب أنفق

---

(١) قال الكاسانى: (قال أبو حنيفة: لا يخاطب بـأداء شىء من زكاة ما مضى ما لم يقـبض أربعين درهمًا فكلما قبض أربعين درهمًا أدى درهما واحدًا) بدائع الصنائع (٢/ ١٠).

(٢) عند أبى يوسف، ومحمد قال: (كلما قبض شيئًا يؤدى زكاته قل المقبوض أو كثر) بدائع الصنائع (٢/ ١٠).

الأول أو بقى عنده، على اختلاف بين أصحابنا فى إنفاقه وضياعه أو بقائه.

ثم زكى ما يقبضه من بعد من قليل أو كثير، فإن كان عنده ما يتم به ما قبضه نصابًا قد حال عليه الحول زكى الجميع، ثم زكى ما يقبضه من بعد من قليل أو كثير.

وحكم ما يقبض من ثمن العروض للتجارة حكم ما يقبض من الدين فى اعتبار النصاب وما يتم به إن كان المقبوض دونه.

فصل

وإذا كان يبيع العرض بالعرض ولا ينض[1] له من ثمن ذلك عين فلا زكاة عليه ولا تقويم خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لأن زكاة القيمة تابعة لزكاة العين، فلو أوجبنا الزكاة لكان لا يخلو أن يخرج من جنس العروض وهذا خلاف الأصول، أو أن يخرج عنها عينًا فيجب أن ينض لها ثمن فيخرج منه، وكذلك فلا قيمة على المدير إذا كان لا يبيع ولا يشترى إلا بالعروض، لأنه يقوم ما عنده من العروض فتجعل القيمة كالثمن فتكون تابعة له.

فصل

اللؤلؤ والجوهر وأنواع الطيب من المسك والعنبر والكافور كل هذا عروض، وحكمه حكم سائر العروض[4]، لا زكاة فى عينه وإنما الزكاة فى قيمته، ويختلف حكمه فى الإدارة وغير الإدارة على ما ذكرناه فى العروض، ولا خمس فيه، لأن الخمس لا يكون إلا فيما أخذ من الكفار، أو من معدن على صفة تذكر فيما بعد.

فصل

ولا تجب الزكاة إلا على مالك تام الملك وهم الأحرار، ولا زكاة على عبد ولا مدبر[5]، ولا أم ولد[6]، لأن العبد وإن كنا نقول: إنه يملك فإن ملكه ناقص غير مستقر،

---

(١) أى: ولا ينتج له.

(٢) انظر الفتاوى الهندية (١/ ١٨٠).

(٣) المهذب للشيرازى (١/ ١٦٠). روضة الطالبين (٢/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨).

(٤) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٥١).

(٥) هو الموعود بالعتق من سيده دبر موته. انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٧٣).

(٦) هى الحر حملها من وطء مالكها عليه جبرًا. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٧٩).

بدليل أن لسيده انتزاع ماله ولا مانع يمنعه من ذلك، وأنه ليس له أن يتصرف فيه لحق السيد، وحكم المكاتب فى ذلك حكم العبد لأنه على حكم الرق ألا ترى أنه لا تجوز له الهبة ولا التصرف ولا يعاقل.

فصل

ولا يؤخذ النصرانى بزكاة شىء من ماله لا من عينه ولا ماشيته ولا حرثه لأنا عاهدناهم على ألا نأخذهم بفروع الدين ما داموا مقيمين على كفرهم كما لا نأخذهم بالصلاة والصوم والحج، فإذا أسلم النصرانى وأعتق العبد، فالزكاة عليهما إذا حال الحول على المال الذى فى أيديهما من يوم الإسلام والعتق، لأن من ذلك الوقت حصل شرط الوجوب[1].

فصل

الفوائد كلها لا زكاة فيها إلا أن يحول عليها الحول من يوم أفيدت أو قبضت بعد تقدم الملك[2] على ما ذكرناه من التفصيل، وذلك مثل ما يملكه الإنسان بميراث أو هبة أو صدقة أو استغلال أرض أو مسكن أو إجارة عبد أو نجوم مكاتب، أو أرش جناية أو دية وما أشبه ذلك، فأما ربح المال فحكمه حكم أصله على ما بيناه.

فصل

تجب الزكاة فى أوانى الذهب والفضة، لأن اقتنائها محرم، وكذلك فى حلية اللجم والسروج والدوى والمداوى والسكاكين، لأنه غير مأذون فيه، فأما الحلى المباح للرجال فهو فى ثلاثة أشياء وهى حلية المصحف والسيف والخاتم.

وحلى النساء المتخذ للبس والاستعمال فما كان من هذا اللبس والتجمل فلا زكاة فيه خلافًا لأبى حنيفة[3] لأنه مال قصد به الاقتناء وترك التنمى على وجه مباح فلم تجب فيه الزكاة اعتبارًا بعروض القنية، ولأن المعتبر فى وجوب الزكاة هو النماء لأنها تجب

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٨٤).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٢٢).

(٣) فى أنه يرى أن فيها الزكاة، قال المرغينانى: (وتجب فى تبر الذهب والفضة وحليهما وأوانيهما الزكاة. ولنا أن السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الإعداد للتجارة خلقة) انظر الهداية (١/ ١١٢) الاختيار للموصلى (١/ ١٤٤).

بوجوده وتسقط بعدمه، ألا ترى أن ما لا تجب فى عينه زكاة إذا قصد به التنمى وطلب الفضل وجبت الزكاة لطلب النماء، فيجب أن يكون ما تجب فى عينة الزكاة إذا عدل به عن طلب النماء على وجه مباح أن تسقط الزكاة فيه.

فصل

فأما الحلى المباح اتخاذه واستعماله إذا أريد لغير الاستعمال واللبس ففيه الزكاة مثل أن يتخذ للتجارة أو للذخر[1]، والإعداد للحاجة إلى بيعه لأن المؤثر فى سقوط الزكاة إعداده للبس فقط، وأما المتخذ للكراء فعند مالك: لا زكاة فيه، وعند محمد بن مسلمة: أن فيه الزكاة[2]، ووجه قول مالك: أنه حبس عينه عن طلب النماء والزيادة، فأشبه حلى اللبس، ووجه وجوب الزكاة فيه: أن النماء موجود منه وهو مرصد له كحلى التجارة.

فصل

والزكاة واجبة فى مال الصغير كوجوبها فى مال الكبير خلافًا لأبى حنيفة حين أسقطها فى ناضه وماشيته[3]، لقوله ﷺ: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها فى فقرائكم»[4] فعم، ولأن كل زكاة لزمت الكبير لزمت الصغير كزكاة الحرث والفطر، ولأنه مسلم حر تام الملك فأشبه الكبير.

---

(١) مقدمات ابن رشد مع المدونة. (١/٢٣٦).

(٢) حكاهما ابن رشد فى مقدماته. (١/٢٣٦).

(٣) انظر الاختيار (١/١٣) والهداية (١/١٠٣).

(٤) تقدم تخريجه.

باب : زكاة معادن الذهب والفضة

وفى معادن الذهب والفضة الزكاة إذا خرج منها نصاب، فإن كان دون النصاب لا شىء فيه إلا أن يخرج بعد ذلك تمام النصاب من نيله[١] فتكون فيه الزكاة، أو يكون عنده مال قد حال عليه الحول إذا ضمه إلى ما خرج من المعدن كان نصابًا، ثم يزكى ما خرج بعد ذلك من قليل أو كثير ما دام ذلك النيل قائمًا فإن انقطع وظهر نيل لم يبن ما خرج منه على ما خرج من الأول، وكان للثانى حكم نفسه.

ولا حول فى زكاة المعدن بل يزكى لوقته كالزرع، ولا يرده دين بخلاف العين من غير المعدن، وفى الندرة[٢] الخارجة بغير مؤنة ولا كلفة الخمس، وقيل: الزكاة كغيرها.

الركاز: دفن الجاهلية[٣]، وفيه الخمس فى قليله وكثيره وذلك فى ذهبه وورقه فأما عروضه وجواهره ففيه روايتان: إحداهما: أنه يخمس والأخرى: أنه لا يخمس.

فصل

وإنما فرقنا بين المعدن والركاز فى الصفة والحكم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن المعدن هو الركاز[٤]، وأن فيه الخمس لقوله ﷺ: «العجماء جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس»[٥]، ففرق بين اسميهما، فثبت أن أحدهما غير الآخر، ولأن الركاز مأخوذ من إركاز الشىء وهو دفنه[٦] ومنه: «أنه ﷺ كانت تركز له العنزة فيصلى إليها»[٧] والمعدن

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٢٩٦).

(٢) قال صاحب الشرح الكبير: (الندرة: وهى القطعة من الذهب أو الفضة الخالصة التى لا تحتاج لتصفية) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/ ٤٨٩).

(٣) قال ابن عبد البر: (والركاز أيضًا دفن الجاهلية فى أرض العرب أو فى فيافى الأرض التى ملكها المسلمون بغير حرب وهو لواجده) انظر الكافى (١/ ٢٩٧).

(٤) قال الموصلى: (والركاز يتناول الكنز والمعدن لأن الركاز عبارة عما يغيب فى الأرض وأخفى فيها وأنه موجود فيه الكنز والمعدن) انظر الاختيار للموصلى(١/ ١٥٣) الهداية للمرغينانى (١/ ١١٦).

(٥) أخرجه البخارى: الديات (١٢/ ٢٦٧) ح(٦٩١٣) ومسلم: الحدود (٣/ ١٣٣٤) ح (٤٥/ ١٧١٠).

(٦) القاموس المحيط (٢/ ١٧٧).

(٧) أخرجه البخارى: الصلاة (١/ ٦٨٥) ح (٤٩٨) بلفظ «كان تركز له الحربة..» ومسلم: الصلاة (١/ ٣٥٩) ح (٢٤٦/ ٥٠١).

عروق أنبتها الله عز وجل في الأرض فلم تكن ركازًا لأنها بغير وضع آدمي.

فصل

وإنما قلنا: إن فيها الزكاة لما روى أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المعادن القبلية من ناحية الفرع[1] فلا تؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم، ولأنه مستفاد من الأرض بكلفة ومؤونة لم يتقدم عليه ملك، فكان الواجب فيه الزكاة دون الخمس كالزرع.

فصل

وإنما اعتبرنا فيه النصاب، لأن كل ما وجبت فيه الزكاة، فلابد من اعتبار النصاب فيه كسائر الأموال، وإنما قلنا أن يبنى النيل بعضه على بعض، لأن حكمه حكم واحد، كالنوع الواحد، وكالدين الواحد إذا قبض أولاً، ولم يجب ذلك في بناء نيل على نيل، لأنه كمعدن آخر فله حكم نفسه، وإنما قلنا: إنه إذا كان عنده مال قد حال عليه الحول زكاه معه، فلأن شرط وجوب الزكاة قد وجد فيهما، فوجب ضم أحدهما إلى الآخر.

فصل

وإنما لم يراع الحول فيه خلافًا لأحد قولي الشافعي[2] لأنه مال مستفاد من الأرض، تجب فيه الزكاة فلم يعتبر فيه حول كالزرع، ولهذه العلة قلنا: إنه لا يرده دين بخلاف العين.

فصل

ووجه إيجاب الزكاة في الندرة فلأنه نوع مال تجب فيه الزكاة، فلم يجب فيه الخمس لقلة المؤونة كغير المعدن[3]، ووجه قوله: إن فيها الخمس: لما لم يكن في أحدهما كلفة ولا مشقة ولا كبير مؤونة كانت كالوضع ابتداء، فوجب فيها الخمس كالركاز، والزكاة

(١) أخرجه أبو داود: الخراج (٣/ ١٧٠) ح (٣٠٦١) ومالك في الموطأ: الزكاة (١/ ٢٤٨) ح (٨).

(٢) قال الإمام النووي: (والمذهب المنصوص عليه في معظم كتب الشافعي رحمة الله عليه أنه لا يشترط الحول وقيل في اشتراطه قولان ووجه المذهب فيهما القياس على المعشرات ولأن ما دون النصاب لا يحتمل المواساة وإنما يعتبر الحول للتمكن من تنمية المال وهذا إنما في نفسه). انظر روضة الطالبين (٢/ ٢٨٢)، الأم للشافعي (٢/ ٣٨).

(٣) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ٤٨٩).

أقيس، وإنما قلنا : إن فى الركاز الخمس لما رويناه من قوله ﷺ : «وفى الركاز الخمس»[١]، ولأنه من أموال الكفار فكان فيه الخمس دون الزكاة كالغنائم.

فصل

وإنما قلنا: إن الخمس فى قليله وكثيره من غير مراعاة نصاب، لأن النصاب يعتبر فى الزكاة دون الخمس، ولقوله ﷺ: «وفى الركاز الخمس»[٢] ولم يخص، واعتباراً بالغنائم.

فصل

وجه قوله: إنه لا شيء عليه فى عروضه وجوهره، هو أنه لما شبه بالغنائم، وكان فى الأصل أن حكم العرض فى الغنائم أخف من حال العين بدليل أنه يجوز أخذ اليسير منه بغير إذن الإمام، وأنه قد يتركه الجيش لكثرته ولا يتركون الذهب والفضة كان بما هو مشبه به أولى بالتخفيف ، ووجه إيجاب الخمس فيه عموم قوله : «وفى الركاز الخمس»[٣]، ولأنه ركاز فأشبه الذهب والفضة وهذا هو الصحيح.

فصل

ما وجد مدفونًا من أموال المسلمين فهى لقطة تعرف كما تعرف اللقطة عامًا، ثم يتصرف فيه واجده إن اختار شرط الضمان لصاحبه والله أعلم، ويعتبر الحول فى جميع الزكاة إلا الحرث والمعدن فلا يعتبر فيه الحول ويعتبر النصاب فى جميع الزكاة[٤].

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر.(١/٢٩٧).

باب

والحول معتبر فى زكاة المواشى وكذلك النصاب، ولا زكاة فيما دون الخمس من الإبل: فإذا كانت خمسًا ففيها شاة، ثم لا شىء فيها إلى تسع، فإذا كانت عشراً ففيها شاتان إلى أربع عشرة، فإذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه، فإذا كانت عشرين ففيها أربع شياه.

ثم يزول قبض الغنم منها ويؤخذ عنها من جنسها، ولا شىء فيما زاد على العشرين إلى أربع وعشرين، فإذا كانت خمسًا وعشرين ففيها بنت مخاض[١]: وهى التى لها سنتان، فإن لم توجد فى المال فابن لبون[٢] ذكر: وهو الذى له ثلاث سنين، إلى خمس وثلاثين فإذا كانت ستًا وثلاثين ففيها بنت لبون، إلى خمس وأربعين، فإذا كانت ستًا وأربعون ففيها حقة، إلى ستين وهى التى لها أربع سنين قد استحقت أن يركبها الفحل وأن يحمل عليها الحمل.

فإذا كانت إحدى وستين ففيها جذعة إلى خمسة وسبعين، والجذعة[٣] التى لها خمس سنين وليس فى صدقة الإبل سن زائدة على الجذعة، فإذا كانت ستًا وسبعين، ففيها ابنتا لبون إلى تسعين، فإذا كانت إحدى وتسعين ففيها حقتان إلى مائة وعشرين، فما زاد على ذلك ففى كل خمسين حقة وفى كل أربعين بنت لبون.

ففى الثلاثين ومائة: حقة وابنتا لبون. وفيما زاد على المائة وعشرين مما دون العشر خلاف، فعن مالك رحمه الله روايتان:

إحداهما: أن الفرض يتغير بزيادة الواحد إلى تخير الساعى بين الحقتين وبين الثلاث بنات لبون، وهذه رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم[٤].

---

(١) وبنت المخاض هى الموفية سنة ودخلت فى الثانية سميت بذلك لأن الإبل سنة تحمل وسنة تربى فأمها حامل قد مخض الجنين فى بطنها أو فى حكمها. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/ ٤٣٤).

(٢) بنت اللبون ما وفت ستين ودخلت فى الثالثة لأن أمها صارت ذات لبن. الشرح الكبير (١/ ٤٣٤).

(٣) ما وفت أربع سنوات ودخلت فى الخامسة لأنها تجزع أسنانها أى: تسقط.

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣١٠).

والأخرى: أن الفرض لا يتغير إلى ثلاثين ومائة، وهذه رواية أشهب وعبد الملك بن الماجشون، وعند ابن القاسم من رأيه أن الفرض يتغير بزيادة الواحد إلى ثلاث بنات لبون قطعًا من غير تخيير.

والشاة المأخوذة فى أول صدقة الإبل من غالب أغنام البلد من الضأن والمعز وإذا وجب فى المال أحد سنين فوجدا جميعًا أخذ الساعى أيهما شاء، وإن عدما أخذ رب المال بأيهما شاء إلا أن لا يقدر إلا على أحدهما، فلا يأخذه إلا بما يقدر عليه. وإن وجد أحدهما أخذه ولم يطالبه بغيره، وهذا فيما يستويان فيه كالمائتين من الإبل فيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون، والحكم فيها على ما ذكرناه، فأما السنان إذا كان أحدهما مرتبًا على صاحبه مثل ابنة مخاض أو ابن لبون ذكر فإنهما إن كانا فى المال أخذ ابنة مخاض إن عدمت منه ووجد ابن لبون ذكر أخذه فإن عدما جميعًا كان له أخذه بابنة مخاض دون ابن لبون.

فصل

وإنما اعتبرنا الحول فى صدقة الماشية لقوله ﷺ: «لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول»[1]، ولأن الحول إنما وضع فى المال الذى لا يتكامل نماؤه دفعة واحدة، ترفيهًا لأرباب الأموال ليؤدوا الزكاة بعد إمهالهم مدة يتكامل فيها نماؤها، وهذا يستوى فيه العين والماشية وبذلك فارقا الحرث.

فصل

وإنما أوجبنا الزكاة فيها على الترتيب الذى ذكرناه من النصب والأسنان لتواتر الأخبار من طريق عمرو بن حزم[2]، وابن عمر[3]، وأنس[4]، على المعنى الذى رويناه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/١٤٩) ح (٧٢٥٥) والدارقطنى: سننه (٢/١١٧) ح (٥).

(٣) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/٩٩ - ١٠٠) ح (١٥٦٨) والترمذى: الزكاة (٣/٨) ح (٦٢١) وقال: حسن. وابن ماجه: الزكاة (١/٥٧٣) ح (١٧٩٨).

(٤) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/٣٧١) ح (١٤٥٤) وأبو داود: الزكاة (٢/٩٨) ح (١٥٦٧).

فصل

وإنما قلنا: إن أول النصاب خمس لقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمس ذود[١] من الإبل صدقة»[٢]، ولا خلاف فى ذلك[٣].

فصل

وإنما قلنا: إن فريضة الغنم تنقطع فى أربع وعشرين لقوله ﷺ: «فى أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم فى كل خمس شاة»[٤]، فقصر وجوب الغنم على هذا القدر، وإنما قلنا: إن فى خمس وعشرين بنت مخاض، خلافًا لما حكى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه: أن فيها خمس شياه[٥]، للأخبار المروية من طريق عمرو بن حزم وابن عمر وأنس وفيها أن فى خمس وعشرين بنت مخاض، وهذا نص، ولأنه ليس فى أصول زكاة الماشية اتصال فرضين من غير تخلل وقص[٦] بينهما على أن الرواية بذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ضعيفة غير ثابتة.

وإنما قلنا: إنه يأخذ منها ابن لبون ذكر إذا لم يكن فيها بنت مخاض لأن ذلك فى الأحاديث التى رويناها، ففى حديث عمرو بن حزم: «فإذا زادت واحدة على أربع وعشرين ففيها بنت مخاض فإن لم توجد بنت مخاض فابن لبون ذكر»[٧]، وكذلك فى حديث أبى بكر الذى كتبه لأنس[٨].

---

(١) قال ابن حجر: (والأكثر على أن الذود من الثلاثة إلى العشرة وأنه لا واحد له من لفظه وقال أبو عبيد: من الثنتين إلى العشرة قال: وهو يختص بالإناث وقال سيبويه: نقول ثلاث زود لأن الزود مؤنث وليس باسم كسر عليه مذكر وقال القرطبى: أصله ذاد يزود إذا دفع شيئًا فهو مصدر وكأن من كان عنده دفع عن نفسه معرة الفقر وشدة الفاقة والحاجة) انظر فتح البارى (٣/٣٧٨).

(٢) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/٣٦٣) ح (١٤٤٧) ومسلم: الزكاة (٢/٦٧٣) ح (١/٩٧٩).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص ٤٢) المغنى لابن قدامة (٢/٤٤١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/١٥٥) ح (٧٢٦٠).

(٦) ما بين الفرضين من نصاب الزكاة. انظر مقدمات ابن رشد (١/٢٣٠).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

ولا يجوز أن يأخذ سوى هذه الأسنان خلافًا لأبي حنيفة[1]، لأن النص على ابن لبون قصر الأخذ عليه وبقي ما عداه، ولأن ذلك يكون على طريقة القيمة وذلك غير جائز عندنا.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يجوز أخذ ابن لبون مع وجود بنت مخاض في المال خلافًا لأبي حنيفة، لحديث عمرو بن حزم وحديث أنس وفيهما: «فإن لم توجد بنت مخاض فابن لبون ذكر» وفي بعضها: «فإن لم يكن فيها بنت مخاض فابن لبون ذكر»، فشرط في جواز أخذه عدم ابنة مخاض، فدل على منعه مع وجودها ولأن كل حق تعلق بما نقل منه إلى غيره بشرط عدم المنقول عنه فلا يجوز الانتقال إليه مع وجود أصله اعتبارًا بالكفارات.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا عدما من المال لم يكن للساعي أن يأخذه إلا بابنة مخاض لأن عدمهما بمنزلة وجودهما، أنه ليس لأحدهما مزية على الآخر، فلما لم يكن له أن يأخذ ابن لبون مع وجودهما في المال، فكذلك مع عدمهما، ولأن الخبر شرط فيه عدم ابنة مخاض وحدها فدل أن عدمهما بخلاف ذلك.

فصل

وما زاد على خمس وعشرين إلى مائة وعشرين لا خلاف فيه أنه على الترتيب الذي ذكرناه، وبذلك وردت الأخبار.

ووجه قوله: إن الفرض يتغير بالزيادة على مائة وعشرين في الواحدة وما دون العشرة إلى تخير الساعي قوله ﷺ: «فما زاد على ذلك ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون»[2]، فأطلق الزيادة ولم يفصلها، فوجب الأخذ بأول زيادة، ولأن

(١) انظر الفتاوى الهندية (١/١٧٧).

(٢) تقدم تخريجه.

الوقص لا يلى وقصًا، فلو اعـتبرنا بعد المـائة وعشرين عشـراً أخرى، لكنا قد اعتـبرنا وقصًا بعد وقص متصلاً به، وذلك خلاف الأصـول ووجه رواية عبد الملك قوله: «فما زاد على ذلك ففى كل خمسين حـقة وفى كل أربعين بنت لبون»[1] وظاهر هذا يوجب أن يكون فى جمـيع المال ولا يمكن ذلك إلا بزيادة العشـرة وقوله فى حديث ابن عـمر «فإذا كثـرت الإبل ففى كل خمـسين حقة وفى كل أربعـين بنت لبون»[2]، والكثرة لا تكون بزيادة الواحدة، ولأن أصول الزكاة: أن كل زيادة غيـرت فرضًا كانت داخلة فيه، فلو قلنا: إن الفرض يتغير بواحدة أو اثنين لكان فى ذلك مـخالفة للخبر وإيجاب لبنت لبون فى كل أربعين وثلث، وإن قلنا: إن الفرض يتغـير بها ألا يدخل فيه كان فى ذلك مخالفة الأصول.

فصل

ووجه قـول ابن القاسم: إن الفرض يتـغير بالـواحدة إلى ثلاث بنات لبون من غـير تخيير، وهو قول الشافعى قوله ﷺ فى حديث ابن شهاب: «فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة فـفيهـا ثلاث بنات لبون»[3]، وهذا نص، ووجـه التخـيـر: قوله ﷺ فى سـائر الأخبار: «فما زاد ففى كل خمسين حقة وفى كل أربعين بنت لبون»[4]، فإن اعتبرنا تغير الحكم بزيادة الواحدة ورجعنا إلى الحساب كان فـيه إما ثلاث بنات لبون لثلاث أربعينات أو حقتان لخمسين، فلذلك كان الساعى مخيراً.

فصل

وإنما قلنا: إن ما زاد على العـشرين ومائة ففيـه بحساب كل خمسـين حقة وفى كل أربعين بنت لبون: وأن فريضة الغنم لا تعاد، خـلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الفريضة تعاد كأولها فتكون[5] فى كل خمس شاة إلى أربع وعشرين فيكون فيها بنت مخاض ثم فى كل خمسين ومائة ثلاث حقاق لقوله ﷺ: «فما زاد ففى كل أربعين بنت لبون وفى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجـه أبو داود: الزكاة (٢/ ١٠٠) ح (١٥٧٠) والتـرمذى: الزكـاة (٣/ ٨) ح (٦٢١) وقال: حسن. وابن ماجه: الزكاة (١/ ٥٧٣) ح (١٧٩٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر بدائع الصنائع (٢/ ٢٧).

كل خمسين حقة»[1]، فلا يخلو أن يكون أراد فى كل أربعين وفى كل خمسين زائداً على المائة والعشرين دون المائة والعشرين، فهذا يوجب أن يكون فى مائة وستين حقتان وبنت لبون، وفى مائة وسبعين ثلاث حقاق، وهذا خرق الإجماع، أو أن يكون أراد فى الجمع فى الزيادة والزائد على معنى، فبحساب أن فى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة، فهذا قولنا، وخلاف قول أبى حنيفة لأنه يقول فى مائة وثلاثين حقتان وشاتان[2]، لأن أصل الزكاة أن يؤخذ من جنس المال إلا للضرورة، والغنم المأخوذة فى أول زكاة الإبل للضرورة وهى قلة المال وضعفه عن احتمال المواساة، فإذا زاد على مائة وعشرين فقد كثر وصار محتملاً للمواساة فلم يكن لعودة الغنم موضع.

فصل

وإنما قلنا: إن الغنم المأخوذة فى صدقة الإبل من غالب أغنام البلد لأنه ﷺ قال: «فى خمس من الإبل شاة»[3]، فأطلق ولم يعين فوجب الرجوع إلى العرف، ولأنه لابد من أن يكلف الأعلى أو الأدنى، وفى تكليفه الأعلى إضرار به، وفى تكليفه الأدنى إضرار بالفقراء، فكان العدل ما قلناه.

وإنما قلنا: إنه إذا وجد السنين فى المال كان مخيراً لأن كل واحد منهما محل للوجوب، وإنما هو مخير فى الأخذ لا فى إلزام رب المال وإجباره على أحدهما.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره فى البدائع. انظر بدائع الصنائع (٢/ ٢٧) الاختيار (١/ ١٣٩).

(٣) تقدم تخريجه.

باب : فى زكاة البقر[1]

ولا زكاة فى البقر حتى تبلغ ثلاثين، فإذا بلغت ثلاثين ففيها تبيع[2] ـ جذع أو جذعة وسنه سنتان ـ إلى أربعين ثم فيها مسنة[3] ـ ولا يؤخذ إلا أنثى وسنها أربع سنين ـ ثم ما زاد على ذلك، ففى كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة.

فصل

وإنما قلنا ذلك لما روى فى حديث عمرو بن حزم أنه ﷺ قال: «وفى كل ثلاثين باقورة تبيع جذع أو جذعة وفى كل أربعين باقورة بقرة»[4] وفى حديث معاذ: «أنه ﷺ أمره أن يأخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعًا ومن كل أربعين مسنة[5]».

فصل

ولا شىء فى الزيادة على الأربعين حتى يبلغ ستين، فيكون فيها تبيعان، خلاف لأبى حنيفة فى قوله: إن فى الخمسين مسنة وربع مسنة[6]، لقول معاذ: «أمرنى رسول الله

---

(١) البقر مأخوذ من البقر وهو الشق لأنه يشق الأرض بحوافره وهم اسم جنس جمعى والبقرة تقع على المذكر والمؤنث لأن تاءه للوحدة لا للتأنيث، حاشية الدسوقى (١/ ٤٣٥).

(٢) سمى بذلك لأن قرنيه يتبعان أذنيه أو لأنه يتبع أمه. حاشية الدسوقى (١/ ٤٣٥).

(٣) وهى ما وفت ثلاث سنين ودخلت فى الرابعة، وهى ثنية زالت ثناياها وهما السنتان اللتان من المقدم فوق وتحت. انظر الثمر الدانى (ص ٣٤٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١٠٣) ح (١٥٧٦) والترمذى: الزكاة (٣/ ١١) ح (٦٢٣) وقال: حسن. والنسائى: الزكاة (٥/ ١٧) (باب زكاة البقر) وابن ماجه: الزكاة (١/ ٥٧٦) ح (١٨٠٣) نصب الراية (٢/ ٣٤٦).

(٦) قال ملك العلماء: فأما ما زادت على الأربعين فقد اختلفت الرواية فيه فقد ذكر فى كتاب الزكاة وما زاد على الأربعين ففى الزيادة بحساب ولم يفسر هذا الكلام وذكر فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى إذا كان له إحدى وأربعين بقرة قال أبو حنيفة: عليه مسنة وربع عشر مسنة أو ثلث عشر تبيع وهذا يدل على أنه لا نصاب عنده فى الزيادة على الأربعين وأنه تجب فيه الزكاة قل أو كثر بحساب ذلك وروى الحسن عن أبى حنيفة: أنه لا يجب فى الزيادة شىء حتى تبلغ خمسين فاذا بلغت خمسين ففيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع، وروى أسد بن عمرو عن =

ﷺ أن لا آخذ شيئًا من الأوقاص»[1]، ولأنها زيادة على نصاب فى ماشية يجب فى عينها الزكاة فلم يتغير الفرض إلى كسر، أصله: الإبل والغنم، ولأنه زيادة على نصاب فى صدقة البقر، فوجب أن لا ينتقل منه إلى كسر، كالعشرة الزائدة على الثلاثين، ولأن أصول الزكوات مبنية على أخذ الجنس من جنسه، وقد ثبت أن النبى ﷺ إنما جعل الغنم فى أول صدقة الإبل لضعف المال عن احتمال المواساة فيه ولو كان للأجزاء والكسور مدخل فى زكاة الماشية لأوجبه، ولم يعدل إلى إيجاب شىء من غير الجنس.

فصل

وإنما قلنا: إن التبيع يجوز أن يكون ذكرًا أو أُنثى لقوله ﷺ فى حديث عمرو بن حزم: «وفى كل ثلاثين باقورة تبيع جذع أو جذعة»[2] وكذلك فى حديث معاذ وإنما قلنا [ ][3] فكذلك المسنة لا تكون إلا أنثى لقوله: «وفى كل أربعين مسنة»[4]، ولأن الأصل أخذ الإناث.

= أبى حنيفة أنه قال: ليس فى الزيادة شىء حتى تكون ستين فإذا كانت ستين ففيها تبيعان أو تبيعتان وهو قول أبى يوسف ومحمد). انظر بدائع الصنائع (٢/٢٨).

(١) أخرجه أحمد: المسند (٥/٢٧٤) ح (٢٢٠٧٩) والدارقطنى: سننه (٢/٩٩) ح (٢١) والبيهقى فى الكبرى (٤/١٦٦) ح (٧٢٩١) انظر نصب الراية (٢/٣٤٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى جميع النسخ.

(٤) تقدم تخريجه.

باب : زكاة الغنم

ولا زكاة فى الغنم فيما دون أربعين، فإذا كانت أربعين ففيها: شاة، إلى مائة وعشرين، فإذا كانت مائة وإحدى وعشرين ففيها: شاتان، إلى مائتى وشاة، فإذا كان مائتى شاة ففيها: ثلاث شياه، إلى ثلثمائة، ثم ما زاد على ذلك، ففى كل مائة: شاة، ففى ثلثمائة وتسع وتسعين: ثلاث شياه، وفى الأربعمائة: أربع شياه[١].

فصل

وإنما قلنا ذلك لتواتر الأخبار على الصفة التى ذكرناها فى حديث عمرو بن حزم، وأنس، وابن عمر وغيرهم[٢]، ولا خلاف فى جملة ذلك[٣].

فصل

ويضم الضأن[٤] إلى المعز[٥] فى الزكاة والجواميس إلى البقر والبخت[٦] إلى العراب[٧] لأن الجنس والاسم يجمع ذلك كله فقد دخل فى عموم قوله: «فى كل خمس من الإبل شاة»[٨]، وقوله: «فى كل ثلاثين باقورة تبيع وفى كل أربعين شاة شاة»[٩].

فصل

وتضم سخال[١٠] الغنم إلى أمهاتها فى الزكاة، وكذلك عجاجيل[١١] البقر وفصلان[١٢]

---

(١) حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ٤٣٥).
(٢) تقدم تخريج هذه الأحاديث.
(٣) الإجماع لابن المنذر (ص ٤٣) المغنى (٢/ ٤٧٢).
(٤) الأبيض العريض من الغنم خلاف الماعز. القاموس المحيط (٤/ ٢٤٢).
(٥) المعز خلاف الضأن من الغنم والماعز واحد المعز للذكر والأنثى. القاموس المحيط (٢/ ١٩٢).
(٦) هى إبل خراسان ضخمة مائلة إلى القصر لها سنامان. الثمر الدانى (ص ٣٥١).
(٧) إبل العرب المعهودة. الثمر الدانى (ص ٥١).
(٨) تقدم تخريجه.
(٩) تقدم تخريجه.
(١٠) جمع سخلة وهو ولد الشاة ما كان. القاموس المحيط (٣/ ٣٩٥).
(١١) جمع عجول والعجل هو ولد البقرة. القاموس المحيط (٤/ ١٣) وهو ما كان دون السن والواجب الذى هو فى التبيع. الثمر الدانى (ص ٣٥٣).
(١٢) جمع فصيل وهو ما دون بنت مخاض ، وسمى بذلك لأنه يفصل عن أمه. الثمر الدانى (ص٣٥٣).

الإبل، خلافًا لداود فى قوله: لا زكـاة فى الصغار[١] لقوله ﷺ «فى أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم»[٢] فعم، وكذلك قـوله: «فى أربعين من الغنم شاة»[٣]، والاسم يقع على الكبار والصغار، وروى: «وتعـد صغارها وكبارها»[٤]، وروى ذلك عن عمر وعلى[٥]، ولا مخالف لهما، ولأنه نماء حادث من مال تجب فى جنسه الزكاة فأشبه ربح المال.

فصل

وسواء كانت الأمهات نصابًا أو دونه إذا أكملت نـصابًا بالصغار خلافًا لأبى حنيفة[٦] والشافعى فى قولهما: إن السـخال لا تضم إلى ما دون النصاب من الأمهات[٧] لقوله: «فى أربعين مـن الغنم شاة»[٨] وهذه يقع عليـها اسم غنم، وفى حـديث عمـرو: «تعد عليهم بالسـخلة يحملها الراعى على كتـفه ولا تأخذها»[٩]، ولم يخص، ولأنه نتـاج حادث عن حـيوان تجب فى عيـنه الزكاة، فكان حكمه حكم مـا لم يزل مع أمهـاتها، أصله: إذا كانت الأمهات نصابًا.

فصل

إذا ماتت الأمـهات وبقيت السـخال وجبـت الزكاة فيـها إذا كانت نصـابًا خلافًا لمن منعه[١٠]، لأنه إذا ثبت أن حكمهـا حكم الأمهات فى باب الحـول صارت كثـمانين من الغنم يمـوت منها أربعـون ويحـول الحول على البـاقى فـفيـه الزكاة، ولا يراعى بقـاء

(١) انظر المحلى لابن حزم (٥/ ٢٧٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الحافظ ابن حجر عن على رضى الله عنه بلفظ «اعتد عليهم بالكبار والصغار». وقال: وأما قول على: فلم أره. انظر تلخيص الحبير (٢/ ١٦٥) ح (٢).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر بدائع الصنائع للكاسانى. (٢/ ٣٢).

(٧) مجموع شرح المهذب (٥/ ٤٢٣). الأم للشافعى (٢/ ١٠).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخـرجه مـالك فى الموطأ: الزكاة (١/ ٢٦٥) ح (٢٦) ، والبيـهقى فى الكبـرى (٤/ ١٦٩) ح (٧٣٠٢).

(١٠) انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢/ ٣١).

الأمهات، لأن السخال متساوية لها إلا على وجه البيع.

فصل

والسن المأخوذ فى الصدقة الجذعة والثنية لقوله ﷺ: «خذ الجذعة والثنية»[١] ثم الماشية على ضربين: كرائم[٢] ولوائم[٣].

فالكرائم لا تؤخذ إلا عن رضا أرباب الأموال، وذلك كالمواخض[٤]، واللوابن[٥] والربى[٦] والأكولة[٧] وكرائم الفحول، والأصل فى منعها قوله ﷺ: «إياكم وكرائم أموالهم»[٨]، وما روى أن عمر مر عليه بغنم من الصدقة، فرأى فيها شاة حاملاً، ذات ضرع عظيم، فقال: ما أعطى هذه الشاة أهلها وهم طائعون، لا تفتنوا الناس، لا تأخذوا حزرات[٩] المسلمين، فإن طاع بها أهلها أخذت لأنها أعلاها عليهم، ويدل عليه قوله للذى أعطى ناقة سمينة مكان بنت مخاض: «ذلك الذى عليك فإن تطوعت بخير آجرك الله وقبلناها منك»[١٠].

اللوائم أدنى الماشية كالصغار والهرمة والمعيبة، وذات العوار[١١] فلا تؤخذ نظراً للمساكين، والأصل فى منعها قوله ﷺ: «لا يخرج فى الصدقة تيس[١٢] ولا هرمة ولا

(١) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١٠٥) ح (١٥٨١) وأحمد: المسند (١٥٤٣٢).

(٢) قال ابن حجر: (الكرائم جمع كريمة يقال ناقة كريمة أى غزيرة اللبن والمراد نفائس الأموال من أى صنف كان). فتح البارى (٣/ ٣٧٨).

(٣) اللوائم عكس الكرائم.

(٤) المواخض: جمع ماخض وهى الحامل التى ضربها الطلق قاله الفاكهانى وهو موافق للمصباح فإنه قال: مخضت المرأة وكل حامل من باب تعب، دنا ولادها وأخذها الطلق. انظر الثمر الدانى (ص ٣٥٣).

(٥) جمع لبون وهى الأم التى صارت ذات لبن. الشرح الكبير بحاشية الدسوقى (١/ ٤٣٤).

(٦) الربى بضم الراء وبالموحدة المشددة المقصورة وهى التى تربى ولدها. انظر الثمر الدانى (ص ٣٥٣).

(٧) والأكولة العاقر من الشياه والشاة تعزل للأكل. القاموس المحيط (٣/ ٣٢٩).

(٨) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٤١٨) ح (١٤٩٦) ومسلم: الإيمان (١/ ٥٠) ح (٢٩/ ١٩).

(٩) الحزرات جمع حزرة وهى خيار الأموال. القاموس المحيط (٢/ ٨).

(١٠) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١٠٦) ح (١٥٨٣) وأحمد: المسند (٥/ ١٧٠) ح (٢١٣٣٧).

(١١) العور: العيب. القاموس المحيط (٢/ ٩٧).

(١٢) التيس: الذكر من الظباء والمعز والوعول أو إذا أتى عليه سنة) القاموس المحيط (٢/ ٢٠٣).

ذات عوار»[١]. وروى: ولا الدرنة ولا ذات عيب ولا المريضة ولا اللئيمة ولكن من وسط أموالكم، فإن الله لم يسألكم خيره ولم يأمركم بشره»[٢].

فصل

وإذا كانت الإبل فصلانًا أو البقر عجاجيل، أو الغنم سخالاً، لم يجز للساعى أخذ واحدة منها، وكلف ربها أن يأتى بالسن الوسط الجائز أخذه فى الزكاة، وكذلك إن كانت مراضًا أو معيبة خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى فى قولهما: إنه يأخذ منها شاة ولا يكلف ربها شاة كبيرة ولا صحيحة[٤] لقوله ﷺ فى زكاة البقر: «فى كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة»[٥] وقوله: «فى أربعين من الغنم شاة»[٦]، وفى حديث عمر أنه قال: «تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعى على كتفه، ولا تأخذها»[٧]، ولأن الزكاة موضوعة على العدل بين الفقراء وأرباب الأموال، فلما كنا لا نأخذ من إبله إذا كانت حوامل أو لوابن بل نكلفه السن الوسط، فكذلك إذا كانت كلها صغاراً أو معيبة لأن فى أخذها كذلك إضراراً بالفقراء، كما أن فى الأخذ منها إذا كانت من الكرائم إضراراً بأرباب الأموال.

فصل

وتجب الزكاة فى العوامل[٨] خلافًا لأبى حنيفة[٩] والشافعى[١٠] لقوله: «ليس فيما دون خمس ذود صدقة»[١١] مفهومه وجوب الصدقة فى الخمس عمومًا وقوله: «فى أربع

---

(١) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/٣٧٦) ح (١٤٥٥) وأبو داود: الزكاة (٢/٩٨) ح (١٥٦٧) والنسائى: الزكاة (٥/١٢) (باب زكاة الإبل).

(٢) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/١٠٥) ح (١٥٨٢) انظر نصب الراية (٢/ ٣٦١ ـ ٣٦٢).

(٣) انظر الاختيار للموصلى (١/١٤٣) بدائع الصنائع (٢/ ٣٢).

(٤) انظر الأم للشافعى (٢/ ١٠) انظر روضة الطالبين (٢/ ١٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) قال الفيروزآبادى: العوامل بقر الحرث والدياسة. القاموس المحيط (٤/ ٢١ ـ ٢٢).

(٩) انظر الاختيار للموصلى (١/١٣٩). الفتاوى الهندية (١/١٧٦).

(١٠) روضة الطالبين (٢/١٩١) مجموع شرح المهذب (٥/ ٣٥٥).

(١١) تقدم تخريجه.

وعشرين من الإبل فدونهـا الغنم ففى كل خمس شاة»[1] فعم، ولأن اختلاف الصفات عليها كاختـلاف الأسنان، وإذا كان اختلاف الأسنان لا يؤثر فى الزكـاة كذلك اختلاف الصفات.

فصل

إذا استفـاد نصابًا أو دونه من الماشـية ـ وعنـده نصاب من جنسـه ـ، ضم إليه مـا استفاده، وذكى الجميع لحول الأولى سواء أفادها بشراء أو هبة أو ميراث، فإن كان الذى عنده أقل من نصاب لم يضم الفائدة إليه إلى أن تكون ولادة على ما قدمناه.

وقال الشافعى: إذا لم تكن الفائدة نتاجًا استقبل به حولاً كاملاً[2]، ودليلنا: أن الزكاة موضوعة على النظر لأرباب الأموال والفقراء، فإذا لحق أحد الفريقين رفق أو تثقيل نظر للفريق الآخر بمثله، وقد ثبت أنه إذا كان عنده أقل من نصاب ثم أفاد إليه نصابًا أو دونه أنه لا يزكيـه لحول الأصل بل الحـول الذى يحول على الفـائدة، وفى ذلك رفق بأرباب الأموال، لأن الأصل قد يكون عنده لعشرة أشهر، ثم يستفيد الفائدة قبل الحول بشهر أو أقل فيسـتقبل بالجميع حولاً من يوم الفـائدة، فيكون قد زكى بعد حول وأكـثر الثانى، فكان فى ذلك رفق به، فـيـجب بإزائه أن ينظر للفـقـراء وهو أن يكون إذا أفـادها إلى نصاب قـد أقام عنده أكـثر من حـول أن يزكى الفائدة بحول الأصـل، لأن الساعى لا يجىء إلا مرة واحدة فى الحـول فيشق عليه تمييـز الماشية، فجعل له أن يزكيـها على ما يجدها عليه، فلو قلنا: إنه يـستقبل بها حولاً من يوم أفـاد الفائدة لكان يزكى أيضًا بعد قريب من حولين، فكان فى ذلك حيف على الفقـراء، وصرف النظر فى الرفق والترفيه إلى أرباب الأموال، وذلك غير جائز، فوجب أن ينظـر للفقراء فى هذا الوجه كما نظر لأرباب الأموال فأشبه ذلك الخلطة فى أنها تارة تخـفف وتارة تغلظ، وقد قاسه أصحابنا على فائدة النتاج ولكن لا يؤثر على أصلنا، لأن النتـاج لا يراعى فيها أن يكون الأصل نصابًا، ويمكن أن يقال: إن النتاج أقوى من الفائدة لغيره؛ لأنه من المال فكان عين المال لا يمتنع إلحاق غيره به فى النصاب، وإن انفـرد النتاج لقوة التسوية بين النصاب ودونه، وتفارق العين لما ذكرناه من تعلق زكاة الماشية بالساعى ومشقة التمييز عليه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر روضة الطالبين (٢/ ١٨٥) الأم للشافعى (٢/ ١٤).

فصل

للخلطة[1] بأثيـر فى الزكاة وهو أن خليطين يزكـيان زكـاة المالك الواحد، وقـال أبو حنيفـة: لا تأثير لهـا أصلاً[2]، ودليلنا قـوله: «وما كـان من خليطين فإنـهما يـترادان بالسوية»[3]، فـأثبت للخلطة حـكمًا زائدًا على الإنفـراد، وقـوله ﷺ: «لا يفـرق بين مجتمع ولا يجمع بين مفترق خشية الصدقة»[4]، فدل ذلك على أن للاجتماع والافتراق تأثيرًا فى الزكـاة لولا ذلك لم يكن للخشيـة معنى، ولأن لخفة المؤونة وثقلهـا تأثيرًا فى الزكاة فى تخفيـفها وتثقيلها اعـتبارًا بالسيح[5] والنضح[6]، وهذا مـوجـود فى الخلطة، فوجب أن يكون لها تأثير فى ذلك.

فصل

ولا تؤثر الخلطة إلا إذا كـان لكل واحد من الخليطين نصـاب، فإن كان جـميع المال نصابًا، ولكل مالك دون النصاب أو لبعضـهم دونه فلا تأثير للخلطة خلافًا للشافعى[7] لقوله: «ليس فيما دون خمس ذود صدقة» فعم، ولأن قصور الملك عن النصاب مسقط للزكـاة، أصله: المنفـرد، ولأنه ممن لا يخاطب بالزكـاة إذا انفـرد، فإذا خـالط من هو مخاطب بالزكاة لم يلزمه لمخالطته زكاة كالعـبد والذمى، ولأن تأثير خفة المؤونة وتثقيلها هو فى تغيير حكم الزكـاة من تثقيل إلى تخفيف، أو تخفيـف إلى التـثقيل لا إلى ابتداء إيجاب، أصله: السيح والنضح.

---

(١) عرفها ابن عرفة بقـوله: (اجتماع نصابى نوع نعم مالكين فأكثر فيمـا يوجب تزكيتهما على ملك واحد) شرح حدود ابن عرفة (١/١٤٦).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (١/١٤٤).

(٣) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/٣٦٩) ح (١٤٥١) والبيهقى فى الكبرى (٤/١٧٦) ح (٧٣٢٩).

(٤) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/٣٦٨)ح (١٤٥٠) وأبو داود: الزكاة (٢/٩٨) ح (١٥٦٧).

(٥) السيح: الماء الجارى الظاهر. القاموس المحيط (١/ ٢٣٠).

(٦) النضح: هو البل والرش. القاموس المحيط (١/٢٥٣).

(٧) انظر الأم للشافعى (٢/١٢) روضة الطالبين (٢/ ١٧٠).

فصل

وصفات الخلطة المؤثرة هى الراعى والفحل[(١)] والدلو[(٢)] والمسرح[(٣)] والمبيت، وقد اختلف أصحابنا فى المراعى منها، فمنهم من يقول: إذا اجتمعا على صفتين منها فما زاد كانا خليطين أيهما كانت، ومنهم من يقول: إن الاعتبار فى ذلك الاجتماع فى المرعى والراعى، ومنهم من يقول: الراعى وحده، وإذا قلنا: إن الاعتبار بأكثر من وصف واحد فلقوله: «والخليطان ما اجتمعا فى الدلو والمراح والراعى والفحل»[(٤)]، فقد ثبت أنه لا يراعى جميع هذه الأوصاف، ولم يقم دليل على وصف واحد فلم يبق إلا ما قلناه، ولأن الخلطه إنما أثرت لتأثيرها فى تخفيف المؤونة، ولذلك لا يكون بالوصف الواحد فوجب مراعاة وصف زائد عليه.

ووجه القول بأن المراعى هو الاجتماع فى المرعى قوله: «وما كانا من خليطين»[(٥)]، فالاسم يحصل بوصف واحد، وقوله بعد ذلك: «والخلطاء ما اجتمعوا فى الدلو والمراح»[(٦)]، المراد به الغالب من أحوالهم لا أن ذلك شرط، ولأن الخلطة معنى يعتبر به حكم الزكاة، فوجب أن يتعلق على أقل ما يتناوله الاسم الصحيح، أصله: الزيادة على مائة وعشرين.

ووجه القول بأن المراعاة فى ذلك الاجتماع على راع واحد وهو أن ما يعتبر حكمه بالاجتماع والانفراد كان المعتبر بالذى يحصل به الجمع، ويكون المجتمع تابعًا كالإمامة فى الصلاة لما كانت الصلاة تختلف بالانفراد والاجتماع روعى فى ذلك الإمام، فكان الراعى كالإمام فى الكفاية به وحده.

---

(١) هو الذكر من كل حيوان. القاموس المحيط (٤/٢٨).

(٢) اسم للآلة التى يسقى بها.

(٣) وعبروا فى بعض كتب المالكية يقولون المراح وهو (المحل الذى تقيل فيه الدواب أو تجتمع فيه ثم تساق منه للمبيت وإما المحل الذى تبيت فيه) الشرح الكبير حاشية الدسوقى (١/ ٤٤٠).

(٤) أخرجه الدارقطنى: سننه (٢/ ١٠٤) ح (١) والبيهقى فى الكبرى (٤/١٧٨) ح (٧٣٣٣) انظر تلخيص الحبير (٢/١٦٤) ح (١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

وصفة تأثير الخلطة فى التخفيف هو أن يكون مائة وعشرون من الغنم بين ثلاثة لكل واحد أربعون، فيكون عليهم فى الانفراد ثلاث شياة، وفى الاختلاط واحدة، وصفة تأثيرها فى التثقيل أن يكون لاثنين مائتان وشاة، فلأحدهما مائة وللآخر مائة وشاة، فيكون عليهما فى الانفراد شاتان وفى الخلطة ثلاث.

فصل

فإذا ثبت هذا فلا يجوز للمنفردين أن يختلطا ولا للمختلطين أن ينفردا قاصدين بالاختلاط والانفراد تخفيف الزكاة، وصفة ذلك ما ذكرنا من اختلاط الثلاثة المنفردين كل واحد بأربعين ليسقط عنهم شاتان، وانفراد المختلطين بمائتى شاة وشاة ليسقط عنهم بالانفراد شاة، والأصل فى ذلك «نهيه ﷺ أن يجمع بين مفترق أو يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»[1]، لأن فى ذلك إضرار بالفقراء وذريعة إلى إسقاط حقوقهم قصداً إلى نقص ما أوجبه الله إكماله لهم.

فصل

إذا ثبت المنع من ذلك فمتى فعل لم يؤثر فى حكم الزكاة وأخذ أصحاب الماشية بما كانوا عليه من قبل خلافًا لمن أبى ذلك، لقوله: «ولا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»[2]، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه، ولأن فى ذلك ذريعة إلى إسقاط حقوق الفقراء لأنه لا يشاء من تجب عليه شاة إلا وجد خلطة تسقط عنه ثلثيها ويبقى عليه ثلثيهما.

فصل

وكذلك قلنا: إن من أبدل عينه بعين مثلها أو إبله مثلها أو بقرة ببقرة وغنمه بغنم، فإن ذلك لا يسقط الزكاة عنه وإنه يبنى على حول الأولى خلافًا لأبى حنيفة[3] فى قوله

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) وقال زفر: لا ينقطع الحول ووجه قوله: أن الجنس واحد فكان المعنى متحداً فلا ينقطع الحول كما إذا باع الدراهم بالدراهم ولنا أن الوجوب فى السوائم يتعلق بالعين لا بالمعنى. بدائع الصنائع (١٥/٢).

فى الماشية، وللشافعى فى الجميع[١]، والأصل ما قلناه من الذريعة إلى سقوط الزكاة، وذلك أن من ملك أربعين من الغنم فتركها حتى قبل الحول بالشىء اليسير أبدلها بمثلها، فإن التهمة تقوى فى قصده الفرار من الصدقة لا لغرض سواه، لأن الجنس واحد والفرض واحد لا يتفاوت الاختلاف فيه، فلم يبق ما يحمل أمره عليه إلا الفرار من الصدقة ولأن ملكه زال عن العين إلى مثلها وجنسها وما يقوم مقام نوعها أو يقاربه، فكان كالعين الأولى للاتفاق فى الجنس والفرض، ولأن أبا حنيفة يوافقنا فى من كان معه عشرون ديناراً، فابتاع بها سلعة فى بعض الحول ثم باعها فى آخر الحول بعشرين ديناراً أن عليه الزكاة، فكذلك يجب أن يكون حكمه إذا باعها بمثلها.

فصل

إذا أبدل ماشيته بخلافها ففيها روايتان: أحدهما: أنه كإبدالها بجنسها فيبنى الثانية على حول الأولى، والثانية أنه يستأنف حولاً للثانية[٢]، فوجه الأولى أنه أبدل ماشية تجب فيها الزكاة بماشية تجب فيها الزكاة، فوجب أن يبنى الثانية على حول الأولى، أصله: إذا أبدلها بجنسها، والنكتة فى ذلك قوة التهمة بالفرار من الصدقة ولا يلزم عليه العين بالماشية لأن العين جنس والماشية جنس والأغراض فيها متباينة لأن العين تراد للتصرف فيها بالشراء والبيع، إذ لا يستغنى أحد عنها، والماشية تراد للدر والنسل والنماء، وهذا المعنى يستوى فيه الجنس والأجناس وتبيين ذلك أن الخلطة ثبتت فى الماشية بين المختلطين ولا تثبت فى العين على أن فى بيعها بالعين خلافًا أيضًا، ووجه الثانية أن لإبداله وجهًا يحمل عليه بسوى الفرار من الصدقة وهو اختلاف الأغراض وتباين المنافع فضعفت التهمة، فإذا ضعفت حمل الأمر على ظاهره، وكان كإبدال الذهب والفضة بإبل أو غنم والله أعلم.

فصل

فأما إذا لم يقصد بالجمع والتفريق الفرار من الصدقة، فإن ذلك جائز، ويزكيها

---

(١) قال الإمام النووى. (فلو زال الملك فى خلال الحول انقطع الحول ولو بادل ماشيته بماشية من جنسها أو من غيره استأنف كل واحد منهما الحول وكذا لو بادل الذهب بالذهب أو بالورق استأنف الحول إن لم يكن صيرفيًا يقصد التجارة به) روضة الطالبين (٢/ ١٨٦) الأم للشافعى (٢/ ٢٠).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٧٣).

الساعى على ما يجدها عليه من اختلاط أو انفراد، ويقبل قول أربابها فيها، وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»[١]، فقيد المنع بالفرار، فدل أنه إذا لم يقصد به ذلك، فإنه جائز، ولأن لهم فى ذلك رفقًا ومعونة وأداؤه إلى تخفيف الزكاة مرة كإبداله إلى تثقيلها مرة أخرى، فكان مباحًا كسائر التصرف، وإنما قلنا: إن الساعى يقبل قول أرباب الماشية، ويحمل الأمر على ظاهره، لأن عمال رسول الله ﷺ وسعاته كذلك كانوا يفعلون، ولأن الظاهر أنهم يفعلون ذلك للارتفاق والترفه بالاجتماع على الراعى والمرعى، فأما قصد الفرار من كثرة الزكاة فأمر يبطن ويخالف الظاهر، فوجب أن لا يترك الظاهر ويصار إلى خلافه إلا بأمارة تقوى التهمة فى قصده.

فصل

إذا خاف الساعى أن يكون قصد الفرار من الصدقة أو أن يكون يستر عنه بعض ماشيته بنقصها من النصاب حمل الأمر على الظاهر من الصدق، وإن أراد استحلافه على ذلك نظر، فإن كان ذلك الإنسان على ظاهر الأمانة والديانة والصدق ولم يعرف منه إدغال ولا كذب ولا خيانة فى معاملة، فليس له استحلافه لأن ظاهر حاله ينفى التهمة عنه، ووجب حمله على أداء الأمانة دون خفرها[٢]، وإن كان المعروف منه خلاف ذلك من قلة مراعاة الدين ومحبة توفير المال من وجهه وغير وجهه، وما يجرى عليه معاملته بين الناس من خيانة أو ترك نصفه فإنه يستحلفه[٣]، لأن فى ذلك توصلاً إلى استيفاء حقوق الفقراء إذ قد يجوز أن يكون كتم حقوقهم فيرتدع عن اليمين، ولأن الزكاة حق فى مال يستحقه آدمى فجاز إحلاف جاحده إذا عدمت البينة كحقوق الآدميين، فأما إذا كان الفعل مما يقوى التهمة فيه ويكون قبول قول وبه ذريعة إلى إسقاط الزكاة، فإنه يعلم فيه على ما يؤدى إلى استيفاء الزكاة ولا يقبل قول أربابها، وكذلك إذا كان الإنسان معروفًا باللدد[٤] ومنع الزكاة والهرب بماشيته، فإنه يزكى ما يجد فى يده ولا يلتفت إلى ما يدعيه لقوة الأمارة الدالة على كذبه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) يقال: أخفرته أى نقضت عهده وغدرته. القاموس المحيط (٢/ ٢٢).

(٣) المدونة الكبرى (١/ ٢٨٢).

(٤) من اللد وهو المخاصمة. القاموس المحيط (١/ ٣٣٥).

فصل

إذا كانت الماشية نصابًا وهى بين خليطين لكل واحد منهما دون النصاب، فأخذ الساعى منهما الزكاة لزمهما، وصار كحكم الحاكم بما فيه خلاف[1]، وإن كانت كلها دون النصاب فأخذ الساعى منها شاة، فذلك ظلم منه لأنه خلاف النص والإجماع ولا يلزم من لم يؤخذ منه ردها على المأخوذ منه، لأن الظلم لا يجب التراد فيه.

فصل

الأوقاص على المنفرد لا شىء فيها، وهى ما بين السنين من العدد، فأما بين الخلطاء فتخرج على روايتين: إحداهما: وجوب الزكاة فيها، والأخرى سقوطها، وفائدة ذلك فى خليطين لهما أربعة عشرة من الإبل لأحدهما خمس وللآخر تسع، فعليهما شاتان، وفى كيفية وجوبها روايتان: إحداهما أن على كل واحد منهما شاة كاملة، وهذا يوجب أن لا شىء فى الأوقاص لأن كل شاة فى مقابلة الخمس والأربع عفو، والأخرى أن الشاتين يترادان بينهما على أربعة عشر سهمًا، فيلزم صاحب الخمسة خمسة أجزاء، وصاحب التسع تسعة أجزاء من أربعة عشر، ويمكن أن يقال: إن هذا الاختلاف فى صفة الإخراج لا يوجب كون الزكاة فى الأوقاص لكنه من مضمون الشركة لقوله ﷺ: «وما كان من خليطين فإنهما يترادان بالسوية»[2]، فوجه القول بوجوب الزكاة فى الأوقاص على الوجه الذى ذكرناه قوله: «فى أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم»[3]، وهذا يوجب أن الغنم تؤخذ من الأربع وعشرين ومتى قلنا: إن الأوقاص لا شىء فيها أوجب أن تكون مأخوذة من العشرين وأن تكون الأربع عفوًا، وقوله: «وما كان من خليطين فإنهما يترادان بالسوية»[4] وهذا يفيد تعليق الزكاة بجميع المال، ووجه القول الآخر ـ وهو الصحيح ـ قوله: «ليس فيما دون الخمس ذود صدقة»[5] فعم، وروى: «ليس فى الأوقاص شىء»[6]، ولأنه وقص قصر قدره عن نصاب فلم يتعلق به وجوب،

(١) انظر المدونه الكبرى (١/ ٢٨٠).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) تقدم تخريجه.

أصله: الأربع من الإبل المبتدأة.

فصل

لا تأثير للخلطة فيما عدا الماشية من الأموال[١] لقوله: «وما كان من خليطين فإنهما يترادان بالسوية»[٢]، فخص بذلك الماشية، ولأن صفات الخلطة لا تتصور في غير الماشية، فلم يلحق غيرها بها، ولأن الخلطة يرتفق بها الملاك مع بقاء الأعيان على الانفراد والتمييز، وذلك غير ممكن في العين والزرع.

فصل

لا زكاة في الخيل خلافًا لأبي حنيفة في إيجابه الزكاة في إناثها[٣] لقوله: «عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق»[٤]، وقوله: «ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة»[٥]، وقوله: «ليس في الجبهة ولا في الكسعة ولا النخه صدقة»[٦]، قال أهل اللغة: الجبهة الخيل[٧]، والكسعة[٨] الحمير، [والنخه][٩] الرقيق. ولأنه حيوان يقتنى للزينة والركوب كالحمير والبغال، ولأنه حيوان لا يجزى في الضحايا والهدايا كالدجاج والفراخ والوحش، ولأنه حيوان يسهم له كالذكور، ولأنه جنس لا زكاة في ذكوره، فلم يجب في إناثه كالرقيق والبغال عكسه الإبل والبقر.

---

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (١/٣١٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الموصلي: (من كان له خيل سائمة ذكور وإناث أو إناث فإن شاء أعطى عن كل فرس دينارًا وإن شاء قومها وأعطى عن كل مائتي درهم خمسة دراهم وقال أبو يوسف ومحمد: لا زكاة في الخيل) الاختيار للموصلي (١/١٤٢) بدائع الصنائع (٢/٣٤).

(٤) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/١٠٣) ح (١٥٧٤) والترمذي: الزكاة (٣/٧) ح (٦٢٠) وأحمد: المسند (١/١٥١) ح (٩٨٨). والبيهقي في الكبرى (٤/١٩٨) ح (٧٤٠٦) انظر نصب الراية (٢/٣٥٦).

(٥) أخرجه البخاري: الزكاة (٣/٣٨٣) ح (١٤٦٤) ومسلم: الزكاة (٢/٦٧٥) ح (٨/٩٨٢).

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤/١٩٩) ح (٧٤١١).

(٧) القاموس المحيط (٤/٢٨٢).

(٨) القاموس المحيط (٣/٧٨).

(٩) ثبت في الأصول (النخت) والصواب ما أثبتناه، النخه وهي العبيد .

فصل

مجيء الساعي شرط في وجوب الزكاة في الجملة خلافًا لمن لم يعتبره لقوله ﷺ: «أمرت أن أخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم»[1]، فأضاف ذلك إلى نفسه ولأنه كان ينفر عماله وسعاته إلى أن قبض ﷺ، وقال لمعاذ: «خذ الصدقة من أغنيائهم فردها في فقرائهم»[2]، ولأن أبا بكر رضي الله عنه قاتل أهل الرِّدَّة على امتناعهم من أداء الزكاة إليه[3]، ولأنه معنى لو تلف المال قبله لم يلزمه ضمانه فوجب أن يتعلق الوجوب به كالحول.

فصل

وتحقيق القول في ذلك: أن الزكاة في الماشية تجب بالنصاب والحول وإمكان أدائها إلى الإمام بشرط أنه إن تعذر ذلك في كل سنة كان أمرها مراعًا، فإن جاء الساعي فوجدها على الحال التي كانت عليها أخذ منها الواجب الذي كان له فيها كل سنة، وإن وجدها قد تلفت أو أتلفها المالك بوجه مباح لا يقصد به الفرار من الزكاة لم يضمن، والأصل فيه أن وجوبها لم يتقرر لعدم شرط من شروطه، فكان مجيء الساعي كالخلطة في أنه تارة يخفف وتارة يغلظ، وذلك للضرورة، فإنه لا يجيء في السنة إلا مرة واحدة ولا يتكرر مجيئه، فجعل له أن يزكي المال على ما يجده عليه، وكذلك إذا تأخر عن مال سنين، ثم جاء زكاه لتلك السنين على ما يجده عليه والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

باب : فى زكاة الحبوب والثمار وغيرها

وما أنبتتـه الأرض من الأقوات ومـا يجرى مجـراها من الثمـار والحبـوب المأكولة المدخرة، ففـيه زكاة ولا زكاة فيمـا أنبتته من غيـر المأكول لا فيما لا يقـتات ويدخر من المأكولات كالفواكه والبقول وما يجرى مجراها[١]، والأصل فى وجوب الزكاة فى الحرث والثمار قوله تعالى: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ وقوله: ﴿ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾، وقوله ﷺ : «فيما سقت السماء العشر وما سقى بالنضح ففيه نصف العشر»[٢].

فصل

وتجب الزكاة فى الثمار فى ثلاثة أنواع: وهى التمـر والزبيب والزيتون، فأما التـمر والزبيب فلا خلاف فى وجوب الزكاة فيهما[٣]، ويدل عليه أنه ﷺ قال فى زكاة الكرم: «يخرص مثل النخل ويؤخذ زكاته زبيبًا كما تؤخذ زكاة التمر تمرًا»[٤].

فصل

وإنما قلنا: إن الزكاة تجب فى الزيتون إذا بلغ كيله خمسة أوسق[٥]، خلافًا للشافعى[٦] لقوله: «فيما سقت السماء العشر»[٧] فعم، ولأنه حب يقتات زيته غالبًا فأشبه السمسم، ولأن الزكاة تجب فى الحـمص واللوبياء وأنواع القطانى[٨] والزيتون أعم منفـعة فى باب

---

(١) المدونة الكبرى (١/ ٢٨٣).

(٢) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/ ٤٠٧) ح (١٤٨٣) ومسلم: الزكاة (٢/ ٦٧٥) ح (٧/ ٩٨١) ولفظه للبخارى.

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٤٣) المغنى (٢/ ٥٤٨).

(٤) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١١٢) ح (١٦٠٣)، والترمذى: الزكاة (٣/ ٢٧) ح (٦٤٤) وقال: حسن غريب، والنسائى: الزكاة (٥/ ٨١) (باب شراء الصدقة). انظر تلخيص الحبير (٢/ ١٨١) ح (١٠).

(٥) الأوسق جمع وسق وهو ستون صاعًا.

(٦) قال النووى: (ومن المختلف فيه: الزيتون فالجديد المشهور لا زكاة فيه والقديم تجب يبدو صلاحه وهو نضجه واسوداده). انظر روضة الطالبين (٢/ ٢٣١) الأم للشافعى (٢/ ٢٩).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) القطنية جمع القطانى وهى حبوب الأرض أو ما سوى الحنطة والشعير والزبيب والتمر أو هى =

الأقوات، فكان أولى بوجوب الزكـاة، فإذا ثبت أن فيه الزكاة فإنهـا تؤخذ من زيته لأن الأداء هو مما ينتهى إليـه، فإذا صار إلى حد يقـتات كما تؤخـذ الرطب والعنب بعد أن يصير أقواتًا، فإن بيع حبًا فقيـل: يخرج من ثمنه، وقيل: من زيت مثله، فمن أصحابنا من جعل إخراج الزكاة من ثمنه رواية فى أخـذ القيم فى الزكوات، ومنهم من علله بأن الإخراج من عينها قد فات ببيتها، وهذا هو الصحيح متى قلنا بإخراج الزكاة من الثمن، وإذا لم نقل ذلك أخرج من زيته مثله وهو النظر، وكذلك الحكم فى الثمر الذى لا يثمر والعنب الذى لا يتزبب أنه يتوخى كـم يخرج منه إن لو كان مما يثمر أو يتزبب فـيخرج منه ذلك القدر.

فصل

ولا يجوز إخراج القيم فى الزكـاة خلافًا لأبى حنيفة[1] لقوله ﷺ: «خـذ الإبل من الإبل والبقر من البقر والغنم من الغنم والحب من الحب»[2]، ففيه دليلان: أحدهما: أن تعيينه ما يأخذ من كل جنس يمنع التخيير بينه وبين غيره، والثانى أن سياقة الجميع على أخذ الجنس من الجنس تنبيه على كون المنصوص مـستحقًا، وفى قوله: «فى أربعين من الغنم شاة وفى خـمس من الإبل شاة»[3]، وقوله: «فى خمس وعشـرين بنت مخاض، فإن لم توجد فـابن لبون ذكر»[4]، ففيـه أدلة: أحدها: أنه عيَّن بنت مخـاض فلم يجز

= الحبوب التى تطبخ، قـال الشافعى: العدس والجلر والفول والدجر والحـمص. انظر القاموس المحيط (٤/ ٢٦٠).

(١) قال الموصلى: (ويجوز فيها دفع القيمـة وكذا فى الكفارات والنذور وصدقة الفطر والعشور لقوله تعالى: ﴿خذ من أمـوالهم صدقة﴾، وهذا نص على أن المراد بالمأخوذ صـدقة وكل جنس يأخذه فهو صدقة «ورأى رسول الله ﷺ فى إبل الصدقة ناقـة كوماء (أى عظيمة السنام) فغضب وقال: ألم أنهاكم عن أخذ كرائم أموال الناس؟ فقال المصدق: إنى ارتجعتها ببعيرين فسكت» وأنه صريح فى الباب، وقول معاذ لأهل اليمن حين بعثـه ﷺ «ائتونى بخميس أو لبيس مكان الذرة والشعير فإنه أيسر عليكم وأنفع لمن بالمدينة من المهاجرين والأنصار وكان يأتى به رسول الله ﷺ ولا ينكر عليه وأما قوله ﷺ «خـذ من الإبل الإبل» الحديث فهو محمول على التـيسير لأن هذه الأجناس على أصحابها أسـهل وأيسر من غيرها من الأجناس والفقه فيه أن المقـصود إيصال الرزق الموعود إلى الفقـير وقد حـصل. قال رسـول الله ﷺ «إن الله تعالى فرض على الأغنـياء قوت الفـقراء وسماه زكاة». الاختيار (١/ ١٣٥) الهداية للمرغينانى (١/ ١٠٩).

(٢) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١١١) ح (١٥٩٩) وابن ماجه: الزكاة (١/ ٥٨٠) ح (١٨١٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

غيرها، والثاني: أن الشرط يقتضي أن لا يخرج ابن لبون مع وجود بنت مخاض وعندهم يجوز، وفي ذلك إسقاط الخبر، والثالث: أنه عين ما يخرج عند عدمها ولو كان إخراج القيمة جائزًا، لكان لا معنى للتعيين، وكذلك نصه في زكاة الفطر على التمر والشعير، ولأنه عوض عن الواجب المنصوص في الزكاة على وجه القيمة فأشبه السكنى، ولأن الزكاة حق تخرج على وجه الطهر كالرقبة في الكفارة، فلو تصدق بقيمة العبد لم يجزه، ولأنه لو أخرج في زكاة الفطر نصف صاع من غير قوت بلده قيمة صاع من قوت بلده لم يجزه لأنه إخراج زكاة بقيمة كذلك في مسألتنا، ولأن ذلك في معنى شراء الصدقة فليس له التصرف في ملك من لا ولاية عليه.

فصل

والحبوب التي تجب فيها الزكاة: كل مقتات مدخر وما جرى مجراه من الحنطة[1]، والشعير، والسلت[2]، والأرز والذرة والدخن[3] والباقلاء والحمص والسمسم واللوبيا والعدس والترمس والجلبان[4]، والبسيلة، وحب الفجل وما قارب معانيها، لأن هذه الأشياء مقتاتة مدخرة وبعضها متخذ لمعنى القوت وما جرى مجراه وبها قوام عيش الناس غالبًا في أقواتهم وإدامهم.

فصل

وهذه الحبوب والثمار على ضربين: منها ما هو صنف بنفسه لا يضم إليه إلا ما كان من أنواع جنسه، وذلك كالتمر إنه جنس لا يضم إليه غيره من زبيب أو زيتون أو حنطة أو غيرها، ويضم أنواع بعضها إلى بعض كالبرني[5]، والمعقلي[6]، والطبرزي[7]، والآزاد، والدقل[8] هذا أنواعه عندنا ببغداد والعراق، وعند أهل الحجاز ومصر البرني

(١) الحنطة هي البر والقمح. القاموس المحيط (٢/ ٣٥٥).

(٢) السلت بالضم الشعير أو ضرب منه أو الحامض منه. القاموس المحيط (١/ ١٥٠).

(٣) الدخن بالضم حب الجاورس أو حب أصغر منه أملس جدًا بارد يابس حابس للطبع. القاموس المحيط (٤/ ٢٢١).

(٤) نبات من القطنيات يقتات ويختبز. المطلع (ص ١٣١).

(٥) هو التمر معرب، أصله برنيك أي الحمل الجيد. القاموس المحيط (٤/ ٢٠١).

(٦) هو نوع من التمر بالبصرة. انظر المصباح المنير (ص ٤٢٣).

(٧) هو السكر الأبلوج. انظر المصباح المنير (ص ٣٦٨).

(٨) هو أردئ التمر. القاموس المحيط (٣/ ٣٧٦).

والعجوة[١] والصيحانى[٢] وغيـر ذلك، وكذلك الزبيب صنف واحـد لا يضم إليه غـيره ويضم أنواعه كالرازقى[٣] والطائفى والخراسانى والأسـود، والضرب الآخر ما يضم إلى غيره ويكون مـعه كالجنس، وذلك هو الحنطة والشعيـر والسلت فقط لا يضم حب إلى غيره سوى هذه الأصناف الثلاثة لأنها فى مـعنى الصنف الواحد على ما سنذكره، فأما القطانى وهى الحمص والعدس والفول واللوبيا والترمس والجلبـان والبسيلة وما أشبهها، فإنهـا صنف واحد يجـمع بينهـا فى الزكاة، وقـد قال فى البيـوع: إنها أصنـاف يجوز التفاضل بينها إلا الحـمص واللوبيا والجلبان والبسيلة فمن أصـحابنا من خرج هذا رواية أخرى فى الزكاة، ومنهم من قال: فى الزكاة صنف وفى البيوع أصناف.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يضم صنف إلى غـيره لقوله ﷺ: «ليس فـيما دون خمـسة أوسق صدقة»[٤]، وقـد علمنا أنه لـم يرد بذلك من كل شىء، فـوجب حـمله عـلى الصنف الواحد ولأنه لا خلاف أنه لا يضم صنف إلى صـنف إذا لم يكن فى وقته، فكذلك إذا كان فى وقته، وكان من غير صنفه ولا خلاف فى ذلك.

فصل

وإنما قلنا: إن أنواع الصنف يضم بعضـها إلى بعض لأن الصنف قد جمـعها، ولأن المنفعـة واحدة لا تكاد تخـتلف فيـها، فكان كالضـأن والمعز والبـخت والعراب والبـقر والجواميس، وكذلك الزبيب والقشمش[٥].

فصل

وإنما قلنا: إن الشعير والحنطة والسلت فى حكم الجنس الواحد، خلافًا لأبى حنيفة[٦]

---

(١) العجوة بالحجاز التمر المحشى وتمر بالمدينة. القاموس المحيط (٤/ ٣٥٩).

(٢) تمر بالمدينة نسب إلى صـيحاف لكبشٍ كـان يربط إليها واسم الكبش الصـياح. القامـوس المحيط (١/ ٢٣٦).

(٣) العنب الملاحى. القاموس المحيط (٣/ ٢٣٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) لعله نوع من العنب إذا يبس.

(٦) انظر بدائع الصنائع (٢/ ٦٠).

والشافعي[١]، لقوله: «فيما سقت السماء العشر»[٢] فعم، ولأن الحنطة والشعير والسلت يجتمعون في المنبت والمحصد ولا يكاد أحدها ينفك من الآخر مع تقارب المنافع، فجرت مجرى العلس[٣] والحنطة، وافتراقها في الاسم لا يوجب افتراقها في الحكم كالزبيب والقشمش والجواميس والبقر.

فصل

ولا زكاة في شيء من الحرث حتى تبلغ خمسة أوسق خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إن الزكاة واجبة في قليله وكثيره من غير نصاب يعتبر[٤]، لقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»[٥]، ولأنه مال تجب الزكاة في عينه، واعتبر فيه النصاب كالعين والماشية، ولأنه حق يجب في المال ينسب إليه يصرف مصروف الزكوات فوجب أن يكون معتبراً بحد لا يجب فيما قصر عنه أصله ربع العشر المأخوذ من الذهب والورق، ولأن الزكاة طريقها المواساة، فوضع النصاب ليبلغ المال حدًا محتملاً له، وفي القول بأنه يلزم في العشر سنبلات سنبلة خروج عن الأصول، فوجب حمل هذا النوع من الأموال على باقي جنسه من الذهب والفضة والماشية.

فصل

والخمسة الأوسق هي ثلاث مائة صاع[٦] وهي ألف ومائتا مد، والصاع أربعة أمداد وهو خمسة أرطال وثلث بالبغدادي، والوسق ستون صاعًا والجملة ألف وستمائة رطل بالبغدادي، وعند أبي حنيفة أن الصاع ثمانية أرطال بالبغدادي[٧]، ودليلنا نقل أهل المدينة خلفًا عن سلف ، وقرنًا بعد قرن أن صاع النبي ﷺ على ما ذكرناه نقلوا ذلك

---

(١) انظر روضة الطالبين (٢/ ٢٣٧). الأم للشافعي (٢/ ٣٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الفيروزآبادي (العلس العدس) القاموس المحيط (٢/ ٢٣٢).

(٤) الهداية للمرغيناني (١/ ١١٧)، الاختيار للموصلي (١/ ١٤٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) الصاع والصواع بالكسر وبالضم والصُّوع الذي يكال به وتدور عليه أحكام المسلمين وقرئ بهن وهو أربعة أمداد كل مُد رطل وثلث. القاموس المحيط (٣/ ٥٣).

(٧) قال المرغيناني: (والصاع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية أرطال بالعراقي وقال أبو يوسف رحمه الله خمسة أرطال وثلث رطل). الهداية للمرغيناني (١/ ١٢٦).

نقلاً يتساوى أطرافه وهم من امتناع الكذب والغلط على مثل عددهم، ومن امتناع التواطى والتشاعر والتراسل بينهم بصفة من يلزم العلم بنقل خبرهم، فكان نقلهم لذلك بمثابة نقل قبره ومنبره ﷺ فى لزوم العلم، وكان أولى من أخبار الآحاد وغيرها، ولذلك رجع أبو يوسف عن قول أبى حنيفة فى الصاع[1] إلى قول صاحبنا لما ناظره بحضرة الرشيد، فقال مالك رحمه الله: هذا صاع رسول الله ﷺ عندنا ينقله الخلف عن السلف، واستدعى أهل الأسواق فكلهم أخبر بذلك فرجع يعقوب عن مذهب أبى حنيفة إلى مذهب إمام دار الهجرة[2]، فكان هذا من أقوى حجه عليهم.

فصل

فإن زاد على الخمسة أوسق ففيه بحسابه لقوله: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»[3]، فمفهومه وجوبها فى الخمسة وفيما زاد عليها، وقوله: «فيما سقت السماء العشر»[4]، ولأنها زيادة على نصاب فى مال ينسب ما يخرج منه إلى العشر، فكانت فى القليل والكثير وكزكاة الإبل.

فصل

ولا حول فى زكاة الحرث، والفرق بينها وبين زكاة العين والماشية أن الحرث وضع ترفيهًا لأرباب الأموال ورفقًا بهم ليمهلوا فى أموالهم مدة تنمى بالتصرف وتزيد بالتقلب، وذلك غير محتاج إليه فى الزرع لأنه متكامل ببلوغه متناهى النماء بإطعامه، فلم يحتج إلى ضرب مدة مع الاستغناء عنه، يبين ذلك أن قصور المال عن حد يحتمل المواساة لما كان يمنع الزكاة انتظر به بلوغه إلى ما يحتمل ذلك، ثم كانت زكاة الحرث مشاركة كزكاة العين والماشية فى الحاجة إلى ذلك فاعتبر منها.

فصل

والواجب فيها معتبر بالسقى فما سقى سيحًا أو بعلاً[5]، فيه العشر وما سقى نضحًا

(١) الهداية للمرغينانى (١/ ١٢٦).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/ ٢٨٦) ح (٧٧٢٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) البعل: كل نخل وشجر وزرع لا يسقى أو ما سقته السماء. القاموس المحيط (٣/ ٣٣٥).

ففيه نصف العشر، وإنما قلنا ذلك لما روى في حديث عمرو بن حزم أنه ﷺ قال: «فيما سقت السماء العشر، أو كان بعلاً ففيه العشر، وما سقى بالرشاء والدالية ففيه نصف العشر»[١]، وروى: «فيما سقت الأنهار والعيون والسماء العشر وما سقى بالسانية[٢] والنضح والغرب[٣] نصف العشر»[٤]، هذه الألفاظ لم ترو في خبر واحد، وإنما جمعتها من عدة أخبار ولأن المؤونة إذا كثرت قلت الزكاة، وإذا قلت كثرت الزكاة اعتباراً بالأصول.

فصل

وإن اختلف سقيه بالسيح والنضح فخرجه أصحابه على روايتين: إحداهما: أن الأقل تابع للأكثر، والأخرى: أنه يؤخذ من كل واحد بحسابه، والروايتان بناء على بيع أصل الحائط وتأبير بعض الثمرة، وقيل: ينظر إلى الذي جيء من الزرع فيكون الحكم له ويكون الآخر تبعًا لا حكم له: فإذا قلنا: إن الحكم للأكثر فلأن غالب الأصول أن الأقل تابع للأكثر كالضأن والمعز إذا اجتمعا في الزكاة والغنم المأخوذ في صدقة الإبل وغير ذلك فكذلك في مسألتنا، وإذا قلنا: إنه يؤخذ من كل واحد بحساب سقيه فلقوله ﷺ: «فيما سقت السماء أو كان بعلاً العشر وما سقى بالسانية ففيه نصف العشر»[٥] وهذا عام، ولأنه زرع سقى سقيًا له تأثير في الزكاة فكان المأخوذ منه معتبراً بسقيه، أصله إذا كان كثيراً وكان سقيًا واحداً، وإذا قلنا: إن المعتبر بما جيء به الزرع فلأن الغرض بالسقي كمال الزرع وانتهاؤه إلى حيث ينتفع به، وهذا لا يوجد إلا في الآخر الذي بفواته يفوت هذا المعنى، ولأن الأصول شاهدة لما قلناه كالرجل يداين قومًا في سقي زرع والنفقة عليه ثم يفلس إنه يبدأ بآخرهم نفقة، فالذي جيء الزرع بنفقته وسقيه كذلك في هذا الموضع.

فصل

وإذا استوى سقياه أخذ منه ثلاثة أرباع العشر لعموم الخبر، ولأنه لا يكون الاعتبار بأحدهما أولى من الآخر، ولأنه ليس هناك ما يوجب الترجيح والتبع.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الفيروزآبادي: (السانية الغرب وأراته والناقة يسقى عليها) القاموس المحيط (٤/ ٣٤٥).

(٣) الغرب: الدلو العظيمة يستقى بها على السانية. القاموس المحيط (١/ ١٠٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

لا يخلو التمر الصنف والحبوب المضموم بعضها إلى بعض أن يكون نوعًا واحدًا أو مختلفًا، فإن كان نوعًا واحدًا إما جيدًا أو رديئًا أخذت منه الزكاة لأن الوجوب متعلق به والأخذ تابع للوجوب، وقال عبد الملك: إذا كان رديئًا كله لم يؤخذ منه وكلف صاحبه أن يخرج من غيره واعتبره بالماشية أن صاحب السخال إذا كان له أربعون سخلة يكلف أن يأتى بالسن الوسط كذلك هذه، والفرق على قول مالك بالثمار والماشية فى جواز الأخذ من صنف الثمر كان رفيعًا أو دنيًا من غير أن يكلف صاحبه سواه ومنع ذلك فى الماشية وأخذ صاحبها بهذا السن الوسط إلا أن يتطوع بالأعلى، لأن عمال النبى ﷺ كانوا يأخذون الجذعة والثنية ويأخذون عشر الثمار ما وجدوا منها، وكذلك ربع العشر من كل صنف العين جيدها ورديئها، ولأن الماشية تساق وتسير بنفسها من غير تكلف حملها، فلو أجزنا المعيبة والمريضة والعرجاء والسخلة لاحتيج إلى تكلف أجرة لمن يحملها ولأدى ذلك إلى استهلاك الحمل لقيمتها أو بعضها، وليس كذلك الثمار والحبوب لأنه لابد من حمله فاستوى جيده ورديئه، ولأن الماشية تؤخذ فى البوادى غالبًا، وبحيث يكون ثمنها قدرًا لو أريد بيعها وليس كذلك الثمار لأنها توجد بالمصر أو بقرية من السواد والقرى، وحيث تكون أسواقها والمبالغة فى أثمانها والتقارب فيه والأول أصح، وإن كان ذلك الصنف من الثمار مختلفًا فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكون نوعين متساويين مثل أن يكون نصفه جيدًا ونصفه رديئًا، وهذا يؤخذ من كل صنف بقدره لأنه ليس الأخذ من إحداهما بأولى من الأخرى، أو يكون نوعين أحدهما الأكثر، والآخر الأقل، وتتخرج فيها روايتان: إحداهما: أن يؤخذ من الأكثر ويكون الأقل تابعًا له والآخر: أنه من كل واحد بقدره؛ أو أن يكون ثلاثة أنواع جيدًا ورديئًا ووسطًا، ففيه روايتان: إحداهما: أنه يؤخذ من الوسط، و الآخر: أنه يؤخذ من كل واحد بقدره، وإذا قلنا: إنه يؤخذ من الوسط فلأنه يشق على الساعى أن يعشر كل نخلة، ولأنه معتبر بالمواشى أنه لا يؤخذ من أعلاها ولا من أدناها، وإنما يؤخذ الوسط من السن، فكذلك الثمرة[1]، وإذا قلنا: يؤخذ من كل واحد بقدره، فلأن الوجوب لما كان جاريًا على الجميع أخذ من كل صنف بقدره اعتبارًا به إذا انفرد.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٨٣).

فصل

الزكاة تجب فى الثمار بطيبها وبدو صلاحها، وفى الحبوب بيبسها وإفراكها[1]، لأن ما قبل ذلك يكون علفًا لا طعامًا، ألا ترى أن بيعها بالطعام قبل الإطعام جائز إلى أجل إذا قطعت، وأن التفاضل غير ممنوع فى الجنس منها، فإذا أطعمت تعلقت بها أحكام الطعام.

فصل

إذا باع ثمرة قد بدى صلاحها، فالزكاة على البائع لأنه باعها بعد تقرر وجوب الزكاة فيها فإن قبض المشترى الثمرة وأفلس البائع اتبعه المصرف بزكاتها ولم يطالب المشترى لأن البائع لما باع الثمرة تعلق الوجوب بذمته، كما لو أكلها، والمشترى لم يتعلق بذمته شىء فلم يطالب، وقال أشهب: تؤخذ الزكاة من المشترى ويرجع به على البائع ووجه هذا: أن البائع باع حقه وحق المساكين فنفذ بيعه فى حق نفسه ولم ينفذ فى حق غيره كالبائع ملكه وملك غيره، والفرق على قول أشهب بين يسار البائع وإعساره أن فى يساره يتعلق الوجوب بذمته فله أن يؤديه من حيث شاء، ولا ضرر على المساكين فى مطالبته وليس كذلك مع الإعسار لأن ذمته معيبة، فلو رجع عليه فى الزكاة لم يحصل للمساكين منه شىء، فلذلك عدل إلى الثمرة؛ وإن باعها مع الأصل قبل بدو الصلاح، فلا زكاة على المشترى كما لو باع عبدًا بعد طلوع الفجر من يوم الفطر، لكانت الزكاة على البائع لأن الوجوب صادفه وهو فى ملكه ولو باعه قبل طلوع الفجر أو غروب الشمس، لكانت الزكاة على المشترى لأن الوجوب صادفه وهو فى ملكه[2] كذلك فى مسألتنا؛ وإن باعها بشرط القطع فلا زكاة على واحد منها، فإن أخرها المشترى حتى طالبت بطل البيع وكانت الزكاة على البائع لأنها على ملكه[3]، وكذلك لو باعها بشرط التبقية وكذلك حكم الهبة إن كانت بعد بدو الصلاح فالزكاة على الواهب وإن كانت قبله، فعلى الموهوب له وكذلك فى موت المالك بعد بدو الصلاح أن الزكاة واجبة فيه

---

(١) المراد بإفراكها أى: استطابتها واستغناؤها عن الماء وإن بقيت فى الأرض لتمام طيبها. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/ ٤٥١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٨٧).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٠٩).

وإن كان فى حصة كل وارث أقل من النصاب لأن الوجوب تقرر فى ملك الميت قبل انتقاله إلى الورثة؛ وإن مات قبل بدو الصلاح فلا زكاة على الورثة إلا على من ملك منهم نصابًا لأن الوجوب تقرر بعد ملكهم.

فصل

ويخرص[(١)] النخل والكرم إذا بدى صلاحهما فلا يخرص من الثمار سواهما[(٢)]، فإن بلغ ما يخرص نصابًا ضمن، أصله: حصة الفقراء منه وخلى بينهم وبينه إن شاءوا أكلوا أو باعوا، وإن شاءوا تركوا ولم يضمنوا وإن قصر عن قدر النصاب فلا شىء عليهم، وإن أصاب الثمر جائحة بعد خرصها لم يضمن أربابها إلا أن يبقى بعد الجائحة نصاب كامل فتكون فيه الزكاة، وإذا زاد الخرص أخرجت الزكاة من الزيادة استحبابًا لا إيجابًا، وإن نقص عن الخرص لم تنقص الزكاة، وفى تخفيف الخرص للأكل والعرية روايتان: إحداهما: الإثبات، والأخرى: المنع.

فصل

وإنما قلنا: يخرص النخل الكرم خلافًا لأبى حنيفة[(٣)] لما روى عتاب بن أسيد: أن رسول الله ﷺ أمر أن يخرص العنب كما تخرص النخل وتؤخذ صدقة النخل ثمرًا[(٤)]؛ ولأنه ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر ثم يقول: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى»[(٥)]، ولأن فى ذلك نظر لأرباب الأموال والفقراء، ولأن العادة جارية بأن هاتين الثمرتين تؤكلان رطبتين، فلو منعنا الخرص لكنا بين أمرين: إما أن يمنع أربابها أكلها، وفى ذلك إضرار بهم أو منعهم من [ ][(٦)] على الوجه المأذون فيه من التفكه واتخاذ العصير والخل وغير ذلك من ضروب المنافع التى إن أخروها إلى الجفاف بطلت عليهم أو أن يؤذن لهم فى التصرف فيها أو أن يطلقوا فى تناولها قبل معرفة حق الفقراء، وفى ذلك إضرار بالفقراء لأنا لا نعرف حقوقهم ولا

---

(١) الخرص الحزر والتقدير يقال: كم خرص أرضك؟.
(٢) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٨٤).
(٣) انظر بدائع الصنائع (٢/ ٦٤).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١١٣) ح (١٦٠٦) بنحوه. انظر تلخيص الحبير (٢/ ١٨٠) ح (٩).
(٦) مطموس فى جميع النسخ.

ترجع فى ذلك إلى أرباب الأموال للعلم بتسرع أكثرهم إلى تناولها وقلة مراعاتهم حقوق الفقراء، فلم يبق إلا الخرص.

فصل

وإنما قصرنا الخرص على النخل والكرم دون غيرهما للإجماع[1]، ولأن العادة مختصة بهما فى أكلهما حال رطوبتهما دون غيرهما، وكذلك ما فيهما من المنافع حال الرطوبة لا يوجد فيما عداهما، لأن غيرهما من الثمار إنما يحصل الانتفاع به بعد اليبس والجفاف، فلم تدعنا ضرورة إلى خرصه كما دعت إلى ذلك فى مسألتنا. ولأن خرص سائر الثمار غير ممكن كإمكان ذلك فى النخل والكرم، ولأن الرطب والعنب يظهران فيتمكن الخارص من خرصهما، إذ ليس شىء يمنع من رؤيتهما ولا يحول بينه وبينهما، وليس كذلك ما عداهما من الزرع والثمار لأنه إما معيب فى [نبته][2] وسنبله أو كامن فى ورقه ومستتر فى أكمامه[3] وذلك كله مانع من خرصه وحائل دون حرزه، فبان الفرق بين الموضعين.

فصل

وإنما قلنا: إنهما يخرصان بعد بدو الصلاح لحديث عائشة رضى الله عنها: «أنه ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة الأنصارى إلى يهود خيبر ليخرص النخل حين تطيب قبل أن يؤكل منه»[4]، ولأن ذلك وقت وجوب الزكاة، فأما قبله فلا حق للفقراء فيها فلم يجب خرصها، ولأن الخرص إنما يراد لمعرفة [حق][5] الفقراء وحفظه عليهم، وذلك يقتضى أن يكون هناك حق قد وجب فيجب خرصه.

---

(١) ممن كان يرى الخرص عمر بن الخطاب وسهل بن أبى حثمة ومروان والقاسم بن محمد والحسن وعطاء والزهرى وعمرو بن دينار وعبد الكريم بن أبى المخارق والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وأكثر أهل العلم. وحكى عن الشعبى أن الخرص بدعة وقال أهل الرأى الخرص ظن وتخمين لا يلزم به حكم وإنما كان الخرص تخويفًا للأكراه لئلا يخونوا فأما أن يلزم به حكم فلا. المغنى (٥٦٨/٢).

(٢) هذا ما ثبت فى (أ)، وثبت فى باقى النسخ (بيته).

(٣) الإكمام جمع كم بالكسر وهو وعاء الطلع.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الذى فى (أ) حقوق.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا خرصها خلى بينها وبين أهلها، فلأن الخرص إنما وضع ليعرف مقدار حق الفقراء منها، فإذا عرف ذلك لم يبق ما يمتنع أهلها منها ومن تصرفهم فيها، وإنما قلنا: إن الثمرة إذا أجيحت[1] فلا شيء على أربابها فلأنها في أيديهم أمانة لأنهم بنفس الخرص لا يضمنوها لأن الخرص لم يوضع للضمان، وإنما أريد لإباحة التصرف إذا عرف قدر حقوق الفقراء، فإن تصرفوا فيها تعلقت الزكاة في ذمتهم بالتصرف، فإن تركوها كانت أمانة فلم يضمنوا جوائح السماء وكانوا شركاء للفقراء، فإن بقي بعد الجائحة نصاب كامل أخذت منه لأن ما تلف كأنه لم يكن وصار كأنه لم يوجد سوى هذا القدر.

فصل

وإنما قلنا: إن الخرص إذا زاد لم يلزم الزكاة فيه لأنه حكم قد نفذ، فلم ينقض من بعد، وكذلك إذا نقص لم ينقص الزكاة لمثل ذلك، ووجه تخفيف الخرص للعرية والوصية ما روى: «خففوا الخرص فإن في المال العرية والوصية»[2]، ولأن الزكاة مواساة فكانت مواساة بالتخفيف أولى منها بالتثقيل، ووجه المنع قوله: «فيما سقت السماء العشر»[3]، ولأنه بعض ثمره فأشبه ما زاد على هذا القدر أن النصاب في الماشية لا يترك فيه عفو كذلك الحرث.

فصل

ولا زكاة في الفواكه والبقول[4] والخضروات كالتفاح والبطيخ والكمثرى والقثاء والخيار والباذنجان، وما أشبه ذلك، وكذلك ما يدخر نادرًا للتفكه لا على وجه الاقتيات من يابس الفواكه خلافًا لأبي حنيفة في إيجابه الزكاة في ذلك كله[5]، لأن أهل المدينة

---

(١) قال الفيروزآبادي: الجوح الإهلاك والاستئصال كالإجاحة والاجتياح ومنه الجائحة للشدة المجتاحة للمال. القاموس المحيط (١/٢١٩).

(٢) أخرجه البيهقي (٤/٢٠٨) ح (٧٤٤٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) هو ما يثبت من الأرض ويظهر.

(٥) انظر الهداية للمرغيناني (١/١١٧) انظر الاختيار للموصلي (١/١٤٨).

نقلوا نقلاً متواترًا خلف عن سلف أن النبي ﷺ لم يأخذ من الخضر والبقول شيئًا، ولا أحد من الخلفاء بعده، وقد كانت تزرع في أيامهم، فلو كان فيها زكاة لأخذوها منها، ولأنه نبت لا يقتات فأشبه الحشيش والجزر والجوز واللوز والجلوز[1]، وإن يبس أو ادخر فليس بأصل قوت ولا مما يؤخذ للمعاش، وكذلك ادخار الخوخ والمشمش، وإنما هو على وجه التفكه والتداوي لا للقوت.

فصل

ولا زكاة في قرطم[2] ولا قطن ولا قصب ولا كولان[3] ولا حشيش ولا غير ذلك، لأن ذلك ليس بمأكول والزكاة لا تجب في المأكول الذي ليس بقوت فضلاً عما ليس بمأكول ولا زكاة في عسل، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إن الزكاة تلزم فيه إذا كان في أرض العشر[4]، لأنه ﷺ لم يأخذ منه زكاة وقد كان في أيامه، ولأنه طعام يخرج من حيوان فأشبه اللبن ولأنه مأكول لم تنبته الأرض فأشبه اللحم.

فصل

ويجب العشر في أرض الخراج وغيرها، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إن العشر والخراج لا يجتمعان[5]، لقوله: «فيما سقت السماء العشر»[6]، واعتبارًا بأرض الصلح، و لأن طريقهما مختلف لأن العشر زكاة والخراج كراء الأرض، فلم يمنع العشر كمن اكترى[7] أرضًا وزرعها.

---

(١) الجلوز: البندق. القاموس المحيط (٢/ ١٦٩).

(٢) القرْطِم حب العصفر جيد للقولنج مسهل للبلغم اللزج. القاموس المحيط (٤/ ١٦٤).

(٣) الكوْلانُ نبت البردي. القاموس المحيط (٤/ ٤٨).

(٤) قال الموصلي: (وفي العسل العشر قل أو كثر إذا أخذ من أرض العشر وعن أبي يوسف العشر في العسل مجمع عليه ليس فيه اختلاف). الاختيار (١/ ١٤٩، ١٥٠) الهداية للمرغيناني (١/ ١١٨).

(٥) قال الكاساني: (لنا ما روى عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم). انظر بدائع الصنائع (٢/ ٥٧).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) الكراء من ألفاظ الإجارة. انظر القاموس المحيط (٤/ ٣٨٢).

فصل

وإذا زرع العبد أو المكاتب فلا عشر عليهما خلافًا لمن أوجبه[1]، لأن ملكهما غير تام والزكاة لا تجب إلى على من يملك ملكًا تامًا، وكذلك النصـرانى لا عشر عليه لأنه لا يخاطب بفروع الشريعـة مع الإقامة على كفره، وقد ذكرنا ذلك فى زكـاة الماشية والعين وبالله التوفيق.

فصل

إذا استأجر أرضًا فزرعها، فالزكاة على صاحب الزرع دون صاحب الأرض[2] خلافًا لأبى حنيفـة فى قوله: إنها تجب على صـاحب الأرض، لأنه حق يصرف فى الأصناف المسمـين فى آية الصدقـات، فكان المخاطب به المالك دون غـيره كزكـاة المال ولأنه حر مسلم خرج له نصاب زرع يجب فى جنسه الزكاة وجب أن يلزمه العشر فيه، أصله: إذا كانت الأرض فى ملكه، ولأن كل حق تعلق بغير مال، فإن الوجوب يتعلق على مالكه اعتبارًا بسائر الأصول والله أعلم.

---

(١) وهم الأحناف فقالوا: (ويجب فى أرض المأذون والمكاتب) انظر بدائع الصنائع (٢/٥٦).

(٢) قال الكاسانى: (ولو آجر أرضه العشرية فعـشر الخارج على المؤاجر عنده وعندهما على المستأجر ووجه قـولهمـا ظاهر أن العشـر يجب فى الخارج والخـارج ملك المسـتأجر فكـان العشر عـليه كالمستعير، ولأبى حنيفة أن الخارج للمؤاجر معنى لأن بدله وهو الأجرة له فصار كأنه زرع بنفسه) انظر بدائع الصنائع (٢/٥٦).

باب : زكاة الفطر[١]

وزكاة الفطر[٢] واجبة، خلافًا لأبي حنيفة[٣]، لما رواه ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير عن كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين»[٤]، وقوله في صدقة الفطر: «أدوا صاعًا من قمح أو تمر»[٥]، والأمر على الوجوب، ولأنها زكاة في المال كسائر الزكوات.

فصل

وقدرها صاع بالمدني من كل ما يخرج فيها، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنه يخرج نصف صاع من بر ويخرج مما عداه صاعًا كاملاً[٦] لقوله ﷺ في صدقة الفطر: «أدوا صاعًا من تمر أو قمح»[٧]، وفي حديث المبارك بن فضالة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: «فرض رسول الله ﷺ صاعًا من تمر أو صاعًا من بر»[٨]، وفي حديث أبي سعيد: «كنا نخرج زكاة الفطر صاعًا من طعام أو صاعًا من تمرًا أو صاعًا من شعير أو صاعًا من أقط أو صاعًا من زبيب، فقيل له: أو مدّين من قمح، فقال: تلك قيمة معاوية لا أقبلها»[٩]، ولأنه قوت يخرج في صدقة الفطر كالشعير والتمر.

---

(١) العنوان سقط من (أ).

(٢) زكاة الفطر: هي إعطاء مسلم فقير لقوت يوم الفطر صاعًا من غالب القوت أو جزءه المسمى للجزء المقصود وجوبه عليه، انظر حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/١٤٨).

(٣) وزكاة الفطر واجبة عند الأحناف ويعبرون عنها بصدقة الفطر، انظر الهداية للمرغيناني (١/١٢٣)، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/١٦١).

(٤) أخرجه البخاري: الزكاة (٣/٤٣٠) ح (١٥٠٣)، ومسلم: الزكاة (٢/٦٧٧) ح (١٢/٩٨٤).

(٥) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/١١٦) ح (١٦١٩) بلفظ «صاع من بر أو قمح»، وأحمد: المسند (٥/٥٠٤) ح (٢٣٧٢٧)، انظر نصب الراية (٢/٤٠٨).

(٦) عند الأحناف يخرج نصف صاع من بر أو دقيق أو سويق أو زبيب أو صاع من تمرًا أو شعير، وعند أبي يوسف ومحمد أن الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، انظر الهداية للمرغيناني (١/١٢٥)، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/١٦٢).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه البخاري: الزكاة (٣/٤٣٨) ح (١٥١٠)، ومسلم: الزكاة (٢/٦٧٨) ح (١٨/٩٨٤).

فصل

وعنه فى وقت وجوبها روايتان: إحداهما: غروب الشمس من آخر ليلة من رمضان، والأخرى: بطلوع الفجر يوم الفطر، وجماعة من أصحابنا يقولون بطلوع الشمس، فوجه قوله بغروب الشمس ما روى: «أنه ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان»[(١)]، فأضاف الفطر إلى رمضان وحققته بغروب الشمس، ولأن من ولد بعد مغيب الشمس فلم يدرك شيئًا من رمضان لم يلزم إخراج الفطر عنه كمن ولد بعد الفجر، ووجه قوله[(٢)]: إنها تجب بطلوع الفجر ما روى: «أنه ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان»[(٣)] فأطلق، وإطلاق ذلك لا يفهم منه إلا يوم الفطر، ولأنه حق فى مال يخرج يوم عيد على طريق المواساة، فوجب أن يتعلق بطلوع الفجر، أصله: الأضحية، ووجه قول من قال[(٤)]: إنها تجب بطلوع الشمس أنه نسك مضاف[(٥)] إلى العيد، فكان وقته طلوع الشمس كالصلاة، وفائدة هذا الخلاف فيمن اشترى عبدًا أو ولد له ولد أو تزوج امرأة قبل غروب الشمس ثم باع العبد أو طلق الزوجة بعد وجوب نفقتها عليه أو مات الولد قبل طلوع الفجر: فإن قلنا: إن الزكاة تجب بغروب الشمس، فالزكاة عن الزوجة والعبد والولد عليه، لأن وقت الوجوب صادفهم فى ملكه، وإن قلنا بطلوع الفجر لم يلزمه شىء لأن وقت الوجوب لم يصادفهم عنده، وكذلك لو ملك العبد بعد غروب الشمس أو ولد له مولود، فعلى رواية الغروب زكاة الفطر على البائع ولا زكاة على المولود لأنه طرأ بعد تقدم الوجوب، وعلى رواية الطلوع تجب على المشترى وعلى أبى المولود لأن وقت الوجوب صادفهم فى ملكه.

فصل[(٦)]

ويستحب إخراجها قبل الغدو إلى المصلى لما روى[(٧)] ابن عمر: «أنه ﷺ أمر بإعطاء.

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ثبت فى (ب) القول.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ثبت فى (ب) قوله .
(٥) ثبت فى (ب) يضاف.
(٦) سقطت من (ب).
(٧) ثبت فى (ب) رواه.

صدقة الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى»[1]، وقوله: «اغنوهم عن الطلب فى هذا اليوم»[2]، وليأكل منها الفقراء قبل غدوهم، كما يستحب للإنسان أن يأكل قبل غدوه، وقيل: إن ذلك تأويل قوله تعالى: ﴿قد أفلح من تزكى * وذكر اسم ربه فصلى﴾ أنه أخرج[3] زكاة الفطر وغدى إلى العيد.

فصل

ولا يجوز إخراجها قبل يوم الفطر أو ليلته على حسب اختلاف الروايات[4] لأن ذلك تقديم إخراجها على وقت الوجوب، وذلك غير جائز، وتأويل قول بعض[5] أصحابنا: إنه إن أخرجها قبل يوم الفطر بيوم أو يومين أجزاه أن يخرجها إلى الذى يحفظها ويحرسها وتجمع عنده إلى يوم العيد لأن تلك كانت عادتهم بالمدينة، ومن حمل هذا القول على ظاهره فى جواز الإخراج على الإطلاق، فذلك مناقضة منه[6] يلزمه عليه جواز إخراجها من أول الشهر، وقبل دخوله أيضًا من حيث لا انفصال[7] له عنه.

مسألة

وتجب على كل واجد سبيلاً إليها من الرجال والنساء والأحرار والعبيد والكبار والصغار والحاضرة والبادية لقوله ﷺ: «أدوا صدقة الفطر»[8]، وهذا خطاب عام، وقول ابن عمر: «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر من رمضان على الناس»[9] فعم، وقوله فى حديث آخر: «عن كل ذكر أو أنثى صغير أو كبير غنى أو فقير أو مملوك»[10].

---

(١) أخرجه البخارى: الزكاة (٣/٤٣٨) ح (١٥٠٩)، ومسلم: الزكاة (٢/٦٧٩) ح (٢٣/٩٨٦).
(٢) أخرجه الدارقطنى (٢/١٥٢) ح (٦٧)، انظر تلخيص الحبير (٢/١٩٤) ح (٤).
(٣) ثبت فى (ب) إخراج.
(٤) ثبت فى (ب): الرواية.
(٥) سقطت بعض من (أ).
(٦) سقطت منه من (أ).
(٧) ثبت فى (ب) فى انتقال.
(٨) أخرجه الدارقطنى: سننه (٢/١٤٧) ح (٣٧)، انظر نصب الراية (٢/٤٠٧).
(٩) تقدم تخريجه.
(١٠) تقدم تخريجه.

فصل

ومن كان عنده صاع لا يلحقه ضـرر بإخراجه من إفساد[١] معاشه أو جوعه أو جوع عياله أو دين يصرف فيه فعليه أن يخرجه ولا اعتبار بكونه مالكًا لنصاب من المال خلافًا لأبى حنيفة[٢]، فأما الوجوب فلقـوله: «أدوا صدقة الفطر»[٣] وروى: «أنه فرض الفطر ولم يعتبر نصابًا»، ولأنه واجد لمقدارها قادر علـى أدائها من غير ضرر يلحقه كالواجب للنصاب، وأما سقوط الوجوب إذا لحقه ضرر فلأنه يحوجه إخراجها إلى الطلب، وذلك مناقض لوجوبها لأن الغرض به الاستغناء عن الطلب.

فصل

يستحب للفقير إذا دفعت إليه[٤] زكاة الفطر وفـضل عن قوته وقوت عيـاله صاع أن يخرجه من غير إيجاب لأن غناه طرأ بعد تقدم الوجوب.

فصل

ويلزم[٥] الإنسان عن نفسه وعن غيره ممن تلزمه نفقته خلافًا لداود فى قوله: لا يلزمه إلا عن نفسه وحده[٦]، لقـوله ﷺ: «أدوا زكاة الفطر عـمن تمونون»[٧]، ولأنها طهرة تجرى مجـرى المؤونة فأشبهت سـائر النفقات، ويلزمه عن ولده الصـغير إذا لم يكن له مال، فإن كان له مـال أخرج عنه من ماله، ويلزمه عن ولده الكبيـر إذا بلغ فقيراً زمنًا، وعن أبويه الفقيرين المسلمـين وعن عبيده المسلمين كانوا للتجـارة أو للقنية وعن أمهات أولاده ومدبريه ومعـتقيه إلى أجل، وفى مكاتبـيه روايتان، فإذا قلنا: تلزمـه فبالرق مع

---

(١) ثبت فى (ب) فساد.

(٢) حيث إن الحنفيـة يشترطون ملك النصاب، انظـر الهداية للمرغينانى (١/ ١٢٣)، انظر الاختـيار لتعليل المختار (١/ ١٦١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب): إذا كان فيما دفع إليه من.

(٥) ثبت فى (ب) يلزمه.

(٦) ومذهب الظاهرية أنه لا يخرجها إلا عن نفسه ورقيقه، انظر المحلى (٦/ ١٣٧).

(٧) أخرجـه الدارقطنى: سننه (٢/ ١٤٠) ح (١١)، والبيهـقى فى الكبرى (٤/ ٢٧٢) ح (٧٦٨٥)، انظر تلخيص الحبير (٢/ ١٩٥) ح (٥).

كونه من أهل الطهارة، وإذا قلنا: لا تلزمه فلأنها تابعة للنفقة، فلما لم تلزمه النفقة على مكاتبيه لم تلزمه الفطرة عنهم.

فصل

إذا لزمته النفقة على زوجته[١] المسلمة لزمه إخراج الفطرة عنها موسرة كانت أو معسرة خلافًا لأبي حنيفة[٢] لقول: «عمن تمونون»[٣] فعم، ولأنها من أهل الطهرة، فوجب أن تلزمه فطرتها من تلزمه نفقتها إذا كان قادرًا عليها[٤]، أصله: الولد الصغير، ولأن الفطرة تابعة للمؤونة فيمن هو من أهل الطهرة فيجب أن تلزمه بدلالة أن العبيد لما لزمت سادتهم نفقاتهم لزمتهم الفطرة عنهم، وإذا ثبت أنه تلزمه عن زوجته فتلزمه عن خادم من خدمها لأن نفقتها مستحقة عليه.

فصل

ولا يلزمه إخراجها عن عبيده الكفار خلافًا لأبي حنيفة[٥]، لحديث ابن عمر: «فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين»[٦]، فقيده بالإسلام فدل على اعتباره في الوجوب. وروى ابن عباس قال: «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمًا للمساكين»[٧]، فأخبر عن علة فرضها والغرض المراد به وأنه يختص المسلمين فانتفى وجوبه عن الكفار، ولأنها طهرة فلا تخرج إلا عمن هو من أهلها وإلا تناقض المقصود بالإخراج، ولأنه

---

(١) ثبت في (ب) أزوجه.

(٢) فالأحناف يقولون بأن الزوج لا يؤدي عن زوجته زكاة الفطر ويعللون لذلك بقولهم: لقصور الولاية والمؤنة فإنه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداوة، انظر الهداية للمرغيناني (١/ ١٢٤)، انظر الاختيار (١/ ١٦٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) فمذهب الأحناف أنه يخرج عن عبده الكافر، انظر الهداية للمرغيناني (١/ ١٢٥)، الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٦٢).

(٥) سقطت عليها من (ب).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه أبو داود: الزكاة (٢/ ١١٤) ح (١٦٠٩)، وابن ماجه: الزكاة (١/ ٥٨٥) ح (١٨٢٧)، انظر نصب الراية (٢/ ٤١١).

حق فى مال طريقه القربة فلم تجب على العبد الكافر كالأضحية[١]، وحكم الأبوين والزوجة حكم العبد.

فصل

ولا شيء عليه فى عبيد عبيده لأنهم ليسوا عبيداً له، وإنما يملكهم بالانتزاع ولا على ساداتهم أن يخرجوا عنهم لأن ملك العبيد غير مستقر ولا يلزمهم أن يخرجوا عن أنفسهم لأن نفقاتهم على غيرهم.

فصل

والعبد بين شريكين أو شركاء يلزمهم إخراج الفطرة عنه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا شيء على ساداته[٢] لما روى: «أنه ﷺ فرض صدقة الفطر من رمضان على كل حر وعبد»[٣] فعم، وقال: «أدوا صدقة الفطر عمن تمونون»[٤]، ولأنه حق يتبع النفقة، فلما كانت لازمة لجميعهم فكذلك الفطرة، ولأنه من أهل الطهرة يلزم من يملكه مؤونته فلزمته فطرته، أصله: المالك الواحد.

فصل

إذا ثبت أن على ملاكه[٥] إخراج الفطرة عنه فيلزم[٦] كل واحد أن يخرج بقدر ما يملك منه لأنها مؤونة فأشبهت النفقة، ولأن الخدمة ومنافعه لما كانت بينهم متوزعة على قدر الملك فكذلك الزكاة.

---

(١) ثبت فى (ب): أصله الأضحية.

(٢) لقصور الولاية والمؤنة فى حق كل واحد منهما، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٢٤)، انظر شرح النقاية (١/ ٤٠٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (ب) مالكه.

(٦) ثبت فى (ب) فيلزمه

فصل

وفى العبد الذى نصفه[1] حر خلاف روى عن مالك: أن[2] على السيد بقدر ماله فيه من الملك ولا شيء على العبد فى نصيبه الحر، وروى عنه: أن على السيد بقدر نصيبه، وعلى العبد بقدر حريته وهو قول محمد بن مسلمة، وروى عنه: أن على السيد إخراج جميع الصاع ولا شيء على العبد وهو قول عبد الملك، وعند أبى حنيفة لا شيء على العبد ولا على السيد، ودليلنا عليه ما قدمناه فى العبد بين الشريكين، ولأنه ملك لجزء من العبد فأشبه ملك الجميع، ولأنه حق يجب لله تعالى[3] على مالك جميع العبد عن العبد فوجب أن تلزم لمالك بعضه بقدر ملكه كزكاة التجارة؛ فإذا ثبت هذا فوجه القول بأن على السيد بقدر ملكه ولا شيء على العبد لأن أحكام الرق أغلب عليه من أحكام الحرية بدلالة منع شهادته وميراثه ونقصان طلاقه وحده[4]، وسقوط الحج عنه فكذلك فى الزكاة، ولأنه ناقض الملك لأن كمال الملك لا يكون مع بقاء شيء من الرق فأشبه العبد، ولأن كل من لم يخاطبه بجميع الزكاة عن نفسه لمعنى يمنع وجوب البعض، فكذلك فى البعض، أصله: العبد الغنى، ووجه القول بأن على العبد بقدر ما فيه من الحرية اعتباره بالعبد بين شريكين بعلة أنهما يتقاسمان الخدمة والمنافع المستحقة بالملك، فكذلك حكمه[5] فى زكاة الفطر ولأن الفطرة تابعة للنفقة، فلما كانت النفقة عليهما كذلك الفطرة بينهما؛ ووجه القول بأن جميع الفطرة على السيد أنه محبوس عليه بالرق كالذى يستغرقه الرق.

فصل

وتلزم الفطرة عن العبد المرهون والمبيع بالخيار للبائع والمبتاع والمبيع بيعًا فاسدًا قبل رده والأمة تباع على المواضعة قبل خروجها والعبد إذا قتل وحبس للقود على ساداتهم لأنهم

(١) سقطت أن من (ب).

(٢) ذكر فى الفتاوى الهندية ما نصه: وأما المعتق بعضه فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى هو كالمكاتب فلا يلزم المولى فطرته وعندهما كحر مديون فإن كان غنيًا وجبت عليه وإلا فلا كذا فى السراج الوهاج، انظر الفتاوى الهندية (١/ ١٩٣).

(٣) سقطت تعالى من (أ)، (م).

(٤) ثبت فى(ب) حدوده.

(٥) ثبت فى (ب) حكمها.

على ملكهم لم يزل بجميع ما ذكرناه، وفى البيع الفاسد يرد إلى البيع الصحيح، إلى أن يحكم برده كالنفقة.

فصل

الاعتبار فيما يخرج فى زكاة الفطر بغالب قوت البلد الذى هو به، فمن أى أصناف الأقوات كان أخرجه حنطة أو شعيراً أو سلتًا أو تمراً أو أرزاً أو ذرة أو دخنًا أو زبيبًا أو أقطًا أو أى شىء كان، وإنما قلنا: إنه يخرج هذه الأجناس لما روى: «أنه ﷺ فرض زكاة الفطر صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير»[1]، وروى: «أدوا صاعًا من قمح أو تمر»[2]، وفى حديث أبى سعيد: «كنا نخرج زكاة الفطر إذا كان فينا رسول الله ﷺ صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير أو صاعًا من زبيب أو صاعًا من أقط»[3]، وإنما قلنا: إن الاعتبار بغالب قوت أهل البلد لقوله ﷺ: «أغنوهم عن الطلب فى هذا اليوم»[4]، وهم لا يستغنون عن الطلب إلا بوجود قوتهم المألوف لهم، فإذا ثبت ذلك فإن كان يقتات قوت أهل البلد أخرج منه وإن كان يقتات أعلى منه استحببنا له أن يخرج مما يأكله ليواسى الفقراء فيما يختاره[5] لنفسه، فإن لم يفعل جاز وكان عليه إخراج غالب قوت أهل البلد، وإن كان يقتات أدنى منه نظر فإن كان لعُدم أجزاه أن يخرج منه لأنه لا يقدر على غيره، وإن كان لشح أخرج من غالب قوت بلده، والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (ب)، (ه) مما اختاره.

باب : أصناف الذين تجب لهم الصدقات[١]

والأصناف الذين يجب صرف الصدقة لهم هم الأصناف الذين تضمنتهم آية الصدقات لقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل﴾ [التوبة: ٦٠]، ولا يجوز صرفها إلى غيرهم ولأنها جهة صرف[٢] الصدقة، كما لا تجوز الصلاة إلى جهة سوى جهة الكعبة لأنها جهة الصلاة ولا خلاف في هذا.

فصل

وقسمتها على الاجتهاد من الإمام وعلى ما يراه من الحاجة زاد على الثمن أم نقص عنه استغرق جميع الأصناف أو بعضهم أو صنفًا واحدًا منهم خلافًا للشافعي[٣] في قوله: لا يجوز الاقتصار على بعض الأصناف السبعة ويلزم تفريقها في جميعهم لأنه حق يتكرر في المال كل حول فلم يجب اعتبار الأصناف فيه كالجزية، ولأنه لما لم يتعين عليه فرض في آحاد الصنف، بل جاز أن يقتصر على الواحد والاثنين والثلاثة، كذلك لا يتعين في جميع الأصناف لأن آحاد الصنف محل للصدقة كالجملة، ولأنه صنف منصوص عليه في الصدقة، فجاز صرف جميعها إليه ، وأن يأخذ بحسب الاجتهاد كالعامل والمؤلفة ، والمقصود من الظاهر الإخبار عن محلها الذي توضع فيه دون التمليك[٤] وتحديد المأخوذ.

فصل

الفقير هو الذي يجد الشيء اليسير الذي لا يكفيه، والمسكين أحوج منه لأنه الذي لا يملك شيئًا أصلاً خلافًا للشافعي في قوله: إن المسكين هو الذي معه ما لا يكفيه وأن الفقير هو الذي لا شيء له أصلاً[٥]، وإنما قلنا: إن المسكين أحوج من الفقير لأن

(١) عنوان فصل من (ب).

(٢) ذكره ابن المنذر، انظر الإجماع لابن المنذر (٤٦).

(٣) انظر روضه الطالبين (٢/٣٢٩)، انظر المهذب (١/١٧٣).

(٤) ثبت في (ب) المليك.

(٥) قال الشيخ النووي: الفقير هو الذي لا مال لـه ولا كسب يقع موقعًا من حاجة فالذي لا يقع =

الاسمين مأخوذان من العُدم وانتفاء الأملاك إلا أن المسكنة عبارة عما زاد على ذلك وهو شدة الحاجة التى يكسب صاحبها الخضوع والاستكانة، فلذلك قلنا: إنه أحوج من الفقير ويوضح ذلك قوله عزَّ وجلَّ: ﴿أو مسكينًا ذا متربة﴾ [البلد:١٦] يريد أن الحاجة بلغت به إلى أن لصق بالتراب من غير حائل بينه وبينه، وما يذكرونه من قوله تعالى[1]: ﴿وأما السفينة فكانت لمساكين﴾ [الكهف:٧٩] مقابل بما ورد من تسمية الواجد لليسير بأنه فقير وهو قول الشاعر:

أما الفقير الذى كانت حلوبته   وفق العيال فلم يترك له سبد

والظاهر وارد على سبيل الرحمة والتعطف، ومن متأخرى أصحابنا من يقول: إن الفقير والمسكين اسمان لمعنى واحد، ووجه ذلك أنهم فى ظاهر الاستعمال هكذا، لأن الناس لا يفرقون بين القول فقير ومسكين وما قلناه أولى وأصح، لأن الأصل فى اختلاف الأسماء أنه لاختلاف المعانى.

فصل

العاملون عليها جباتها وسعتها يدفع إليهم الإمام من الصدقة أجرة معلومة بقدر عملهم.

فصل

المؤلفة قلوبهم كان فى صدر الإسلام قوم ممن يظهر الإسلام يُدفع إليهم شىء من الصدقة لينكف غيرهم بانكفافهم، وقال قوم من أصحابنا: قوم مسلمون يرى أن يستألفهم ليقوى الإسلام فى قلوبهم ويبالغوا فى النصيحة للمسلمين والأول أقوى وأوضح، وقد سقطت الحاجة إليهم بحمد الله فى هذا الوقت، فإن دعت الحاجة إليهم فى بعض الأوقات جاز أن يرد سهمهم.

= موقعًا كمن يحتاج عشرة ولا يملك إلا درهمين أو ثلاثة فلا يسلبه ذلك اسم الفقير.
والمسكين هو الذى يملك ما يقع موقعًا من كفايته ولا يكفيه بأن احتاج إلى عشرة وعنده سبعة أو ثمانية وفى معناه من يقدر على كسب ما يقع موقعًا ولا يكفى وسواء كان ما يملكه من المال نصابًا أو أقل أو أكثر ولا يعتبر فى المسكين السؤال. قطع به أكثر الأصحاب ومنهم من نقل عن القديم اعتباره، انظر روضه الطالبين (٢/٣٧)، انظر المهذب للشيرازى (١/١٧١).

(١) سقط تعالى من (أ).

فصل

وقوله عز وجل: ﴿وفي الرقاب﴾ [التوبة: ٦٠] في فك الرقاب، وهو أن يشترى الإمام رقابًا من أموال الصدقات فيعتقهم عن المسلمين ويكون الولاء للمسلمين خلافًا لقول من زعم أنهم المكاتبون، لأن قوله: ﴿وفي الرقاب﴾ [التوبة: ٦٠] يقتضى رقبة كاملة، ولأن ما صرف فيه من أموال الزكاة يقتضى أن لا يكون للغنى فيه نفع وإذا دفع[1] إلى مكاتب جاز أن يعجز ويرق وتبطل كتابته فيصير المال للسيد، ولأنه لا يخلو أن يعطى المكاتب لنفسه، وذلك غير جائز لأنه عبد لسيده والغنى لا يجوز دفع الصدقة إليه، ولأن الولاء يثبت[2] لسيد المكاتب ولا يحصل النفع للمسلمين.

فصل

الغارمون هم الذى أدانوا فى غير سفه ولا فساد لا يجدون وفاء ولا قضاء أو يكون معهم أموال هى بإزاء ديونهم، فيعطون ما يقضون به ديونهم، فإن لم يكن لهم أموال، وكان عليهم ديون فهم فقراء وغارمون فيعطون بالوصفين.

فصل

وفى سبيل الله الغزو والجهاد يدفع من الصدقة إلى المجاهدين ما ينفقونه فى غزوهم أغنياء كانوا أو فقراء ويشترى الإمام من بعض الصدقة خيلاً وسلاحًا وينفره لمن يغزو، وحكى عن أحمد بن حنبل: أن فى سبيل الله: يعنى الحاج[3]، ودليلنا: أن كل موضع ذكر فيه سبيل الله فالمراد به الغزو والجهاد فكذلك هاهنا ولأن دفع الصدقات إلى الأصناف يكون على أحد وجهين: إما لحاجتنا إليهم كالعاملين والمؤلفة أو لحاجتهم إلينا كالفقراء والغارمين والوصفان معدومان فى الحاج لأنا لا نحتاج إليه ولا هو محتاج إلينا والغازى نحن محتاجون إليه.

---

(١) ثبت فى (ب) وقع.

(٢) ثبت فى (ب): ثبت

(٣) حكى عن أحمد فى هذا روايتان: الأولى: أن الحاج فى سبيل الله فيعطى من الصدقة ما يحج به حجة الإسلام أو يعينه فيها مع الفقر، والثانية: لا يجوز ذلك لأن سبيل الله إذا أطلق إنما يتناول الغزو، ولأنه لا مصلحة للمسلمين فى حج الفقير ولا حاجة به إلى إيجاب الحج عليه فلن يدفع إليه كحج النفل، انظر الكافى لابن قدامة (١/٤٢٦، ٤٢٧). انظر الشرح الكبير لابن أبى عمر (١/٧٠١).

فصل

ابن السبيل الغريب المنقطع به يدفع إليه من الصدقة بقدر كفايته، وإن كان غنيًا ببلده ولا يلزمه رده إذا صار إلى بلده ولا إخراجه فى وجوه الصدقة.

فصل

إذا وجد المستحقون للزكاة فى البلد الذى فيه المال والمالك لم يجز نقلها إلى غيره إلا أنه إذا نقلها ودفعها إلى فقراء غير بلده مضى ذلك وأجزاه، وكذلك لو بلغ الإمام أن ببعض البلدان حاجة شديدة وقحطًا عظيمًا جاز له نقل شىء من الصدقة والمستحقة لغيره إليه خلافًا للشافعى[1]، لقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين﴾ [التوبة: ٦٠] فعم، ولأن المقصود من الصدقة سد الخلة ودفع الحاجة عن هؤلاء الأصناف، وذلك لا يختص بموضع دون موضع، ولأنه لو حصل فى البلد فقراء من غير أهله لجاز صرف الصدقة إليهم، فدل أن الاعتبار بوجود الفقراء وأهل الصفات دون مواضعهم، ولأنها صدقة صرفها الله إلى الجنس المستحق للزكاة كما لو فرقها فى بلده.

فصل

لا يجوز صرف زكاة الفطر ولا غيرها من الزكوات إلى ذمى خلافًا لأبى حنيفة[2]، لقوله ﷺ[3]: «خذ الصدقة من أغنيائهم وردها فى فقرائهم»[4] وهذه الإضافة لابد لها من اختصاص وقد ثبت أنه لم يرد القبيلة ولا البلد فعلم أن المراد به الدين، واعتبارًا بسائر الزكوات وبالوثنيين، ولأنه ليس من أهل الطهرة كالمرتد.

---

(١) قال الإمام النووى: فى جواز نقل الصدقة إلى بلد آخر مع وجود المستحقين فى بلده خلاف وتفصيل المذهب فيه عند الأصحاب: أنه يحرم النقل ولا تسقط به الزكاة وسواء كان النقل إلى مسافة قصر أو دونها، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٣٢)، انظر المهذب للشيرازى (١/ ١٧٣).

(٢) عند أبى حنيفة لا يجوز ذلك فى الزكاة ولكن يجوز عنده وعند محمد أن يعطى صدقة الفطر والنذور والكفارات إلا أن فقراء المسلمين أحب إليهم، وقال أبو يوسف: لا يجوز كالزكاة، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٥٧)، انظر الفتاوى الهندية (١/ ١٨٨).

(٣) سقطت ﷺ من (أ).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

إذا اجتهد فدفع الصدقة إلى غنى وعنده أنه فقير فلا يجزيه خلافًا لأبى حنيفة[١]، وبعض أصحابنا لقوله تعالى[٢]: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾ [التوبة: ٦٠] الآية فأخبر عن محلها، فإذا صرفت لغيره كان الأمر باقيًا عليه، وقوله: «فأردها فى فقرائهم»[٣]، ولأنها لم تصل إلى الفقراء فأشبه أن يعلم، ولأن تكفين الميت وعمارة القناطر والجسور أولى وأحق من دفعها إلى غنى، فإذا كان متى دفعها فى هذه الأشياء لا تجزيه كان بأن لا يجزى ذلك فى الغنى أولى، واعتبارًا به إذا اجتهد ثم بان له أنه دفعها إلى زنديق أو مرتد، وهذا إذا أولى تفريقها بنفسه، فأما إن ولى ذلك الإمام فإنه يجزيه ولا شىء عليه ولا على الإمام.

فصل

لا يجوز دفعها إلى من يلزم رب المال نفقته لأنهم أغنياء بما يأخذونه، ويجوز دفعها إلى أقاربه الذين لا تلزمه مؤونتهم، ويكره له دفع جميعها إليهم، فإن فعل جاز، ويستحب أن يولى تفريقها غيره ليسلم من الهوى والميل ومحبة المحمدة والشكر.

---

(١) وعللوا لذلك بأنه قد أتى بما وجب عليه لأن الواجب عليه الدفع إلى من هو فقير فى اجتهاده لأنه لا يمكن الوقوف على الحقيقه فقد يكون فى يد الإنسان مال لغيره أو مغصوب أو عليه دين فإذا أعطاه بعد الاجتهاد أجزؤه كما إذا أخطأ القبلة بعد الاجتهاد، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٦٠)، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٢٢، ١٢٣).

(٢) تعالى سقطت من (أ).

(٣) تقدم تخريجه.

باب : أخذ الجزية من أهل الذمة[1]

والجزية[2] واجبة على من نقره فى بلادنا من الكفار وتعقد له الذمة علينا، والأصل فى وجوبها قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة ٢٩] ولأنه ﷺ كان إذا بعث جيشًا يقول لأمرائه: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله، فإن أجابوك فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم، فإن أبوا فادعهم إلى الجزية»[3].

فصل

وتؤخذ من الرجال الأحرار البالغين، ولا تؤخذ من النساء ولا الصبيان، ولا العبد لقوله عز وجل[4]: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله : ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩]، وذلك فى الرجال الأحرار، وقال ﷺ: «لا تجرى الجزية إلا على من جرت عليه المواسى»[5]، وقوله[6] لمعاذ: «خذ من كل حالم دينارًا»[7]، ولا خلاف أنها لا تجب على الصبيان فكذلك النساء، لأن النساء والصبيان ممن[8] لا يجرى عليهم السيف بدليل أنه لو ظهر عليهم بالمحاربة فى الجهاد لم يقتلوا، وهذا هو المعنى الذى أوجب أخذ الجزية من الرجال وهو رفع السيف عنهم وإقرارهم فى بلادنا، وكذلك العبيد هم آلة ونوع من الأموال كالخيل وغيرها.

---

(١) العنوان من (ب).

(٢) قال الفيروزآبادى: الجزية ما يؤخذ من الذمى، انظر القاموس المحيط (٣١٢/٤).

وعرفها ابن عرفة بأنها ما التزم كافر لمنع نفسه أداءه على إبقائه ببلده تحت حكم الإسلام حيث يجرى عليه، انظر حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (٢٢٨/١).

(٣) أخرجه البخارى: الزكاة (٣٠٧/٣) ح (١٣٩٥)، ومسلم: الإيمان (١/ ٥٠) ح (١٩/٢٩).

(٤) عز وجل سقطت من (ب).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣٢٨/٩) ح (١٨٦٨٢).

(٦) فى (ب) قال.

(٧) أخرجه أبو داود: الزكاة (١٠٣/٢) ح (١٥٧٦)، والترمذى: الزكاة (١١/٣) (٦٢٣)، وقال: حسن، والنسائى: الزكاة (١٧/٥) (باب زكاة البقر).

(٨) ثبت فى (أ) قال.

فصل[١] : ما يؤخذ من تجار أهل الحرب والذمة[٢]

ولا يمنع أهل الذمة من التقلب فى التجارات والتشاغل بالصنائع والتعرض للمكاسب لأنه لم نعقد لهم الذمة على أن نمنعهم من التكسب والتصرف فى معاشهم التى يحيون ويؤدون الجزية من فضلها.

فصل

وإذا اتجروا فى البلد أقروا على المقام فيه لم تعرض لهم ولم نطالبهم بعشر ولا غيره، لأن عقد الذمة لهم يقتضى إباحة التصرف فى موضع إقامتهم وما يكون فى حكمه من البلدان.

فصل

وإن اتجروا إلى غير البلد الذى به من أقاليم الإسلام وآفاقه أخذ منهم العشر بعد أن يحصل لهم غرضهم الذى أرادوه من بيع وشراء، والأصل فيه قوله ﷺ: «ليس على المسلمين عشور إنما العشور على اليهود والنصارى»[٣]، ولأنه إجماع من الصحابة رضى الله عنهم لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أخذ من القبط العشر[٤]، ومضى عليه الأئمة بعده ولم يخالف عليه، ولأنه عقد الذمة لم يوجب لهم التقلب فى بلادنا وأقاليمنا، فإذا تصرفوا فيها كان لهم حكم يزيد على تصرفهم فى بلادهم.

فصل

لا خلاف أن الجزية تؤخذ من اليهود والنصارى، فأما المجوس فإنها تؤخذ منهم[٥]

---

(١) ثبت فى (ب) و (ء) باب.

(٢) العنوان من (ب).

(٣) أخرجه أبو داود: الإمارة (٣/ ١٦٦) ح (٣٠٤٦)، ذكره الترمذى فى الزكاة (٣/ ١٩) (باب: ما جاء ليس على المسلمين جزية)، وأحمد: المسند (٣/ ٥٧٦) ح (١٥٩٠٣).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ: الزكاة (١/ ٢٨١) ح (٤٦ ـ ٤٨)، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٥٤) ح (١٨٧٦٧).

(٥) ذكره ابن المنذر إجماعًا، انظر الإجماع لابن المنذر (٥٩).

لأنهم[١] أجروا مجرى أهل الكتاب، والأصل فيه ما روى عبد الرحمن بن عوف: أنه ﷺ قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[٢]، وروى: «أنه ﷺ أخذها من مجوس هجر»[٣] وليسوا بأهل كتاب، خلافًا للشافعى[٤] لقوله: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[٥] فدل أنه لا كتاب لهم ولأن الروم كانت إذا غلبت الفرس فرح هو ﷺ وأصحابه[٦] لأنهم أهل كتاب، وإذا غلبت الفرس فرح المشركون من قريش لأنهم لا كتاب لهم، وقال حذيفة: لولا أن أصحابى أخذوا الجزية من المجوس لم أخذها منهم لأنهم ليسوا أهل كتاب.

فصل

وتؤخذ الجزية من جميع الكفار، من أهل الكتاب، والمجوس، والصابئة، وعبدة الأوثان والنيران وغيرهم، إلا المرتد والزنديق خلافًا للشافعى[٧] فى قوله: إنها لا تؤخذ

(١) ثبت فى (ب) بأنهم.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: الزكاة (١/٢٧٨) ح (٤٢)، والبيهقى فى الكبرى (٩/٣١٩) ح (١٨٦٥٤).

(٣) أخرجه البخارى : الجزية (٦/٢٩٧) ح (٣١٥٧) ، والبيهقى فى «الكبرى» (٩/٣١٨) ح (١٨٦٥٢).

(٤) الذى عن الشافعية أنه يجوز اخذ الجزية من المجوس ومن هذا يتضح.

واعلم أن محل الخلاف ليس فى فرض الجزية ولكن الخلاف فى هل المجوس أهل كتاب أم ليسوا أهل كتاب، وللشافعى فى هذه المسألة قولان: أحدهما: وهو الذى ذكره المصنف وهو مقابل الأظهر فى المذهب، والثانى وهو الأظهر الذى قطع به بعضهم أنهم أهل كتاب، انظر روضة الطالبين (١٠/٣٠٤)، انظر المهذب (٢/ ٢٥٠).

والذى ذكره المصنف من الخلاف محله كما تقدم فى أن المجوس أهل كتاب أم لا فقد أعاد المصنف الخلاف إلى تعليل مسألة أخذ الجزية من المجوس دون المعلل وعليه فظاهر الكلام أن الإمام الشافعى قال: بأنه لا تؤخذ الجزية من المجوس وليس كذلك بل مذهبه موافق لمذهب المالكية وهو قول الجمهور ويدل على ما ذكرنا الفصل الذى بعده أنه قال بأخذ الجزية من المجوس عن الشافعى وصنيع المصنف هذا حسن لأنه أدخل مسألة فى مسألة أخرى إعمالاً للذهن واختصاراً ولكن هذا عند طلبة العلم أمثالنا يؤدى إلى الالتباس إلا من رحمه الله والله أعلم.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه الترمذى: التفسير (٥/٣٤٣) ح (٣١٩٣) وقال: حسن صحيح غريب. وأحمد: المسند (١/٣٩٦) ح (٢٧٧٣).

(٧) من ليس له كتاب ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان والملائكة والشمس ومن فى معناهم فلا يقرون=

إلا[1] من أهل الكتاب والمجوس، لأنه كافر معلن بكفره لم يتحرم بحرمة الإسلام فأشبه الكتابي؛ والعرب والعجم وبنو تغلب وغيرهم في ذلك سواء، خلافًا للشافعي[2] لقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ [التوبة:٢٩] الآية، ولأن الشرك قد شملهم فلا اعتبار بأنسابهم.

فصل

ومن أسلم من أهل الذمة قبل تمام الحول أو بعده أو بعد أحوال لم يؤخذ بما بقي عليه من جزية خلافًا للشافعي[3]، لقوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال:٣٨]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الإسلام يجب ما قبله»[4]، ولأنه مأخوذ منه على وجه الصغار والإذلال بشرط الإقامة على الكفر، فإذا زال الكفر بالإسلام وجب زواله لأن إذلال المسلم وإصغاره غير جائز.

فصل

وقدرها على أهل الذهب أربعة دنانير، وعلى أهل الورق أربعون درهمًا، خلافًا

= بالجزية سواء فيهم العربي والعجمي.
أما السامرة والصابئين إن خالفوا اليهود والنصارى في أصول دينهم فليسوا منهم وإلا فمنهم وهكذا نص عليه وعليه يحمل النصان الآخران وقيل: قودان مطلقًا وقيل: تؤخذ منهم الجزية قطعًا وهذا فيما إذا لم يكفرهم اليهود والنصارى فإن كفروهم لم يقروا قطعًا فإن إشكل أمرهم، ففي تقررهم احتمالان ذكرهما الإمام. الأصح: الجواز.
انظر روضة الطالبين (١٠/٣٠٥،٣٠٦)، انظر المهذب (٢/ ٢٥٠)، مختصر المزني بهامش الأم (٥/١٩٧).

(١) سقطت (إلا) من (ب).

(٢) انظر روضة الطالبين (١٠/٣٠٥)، انظر مختصر المزني بهامش الأم (٥/ ٢٠٠).

(٣) مذهب الشافعية أنه إذا أسلم أو مات وعليه جزية لسنين أخذت من تركته إن مات ومنه إذا أسلم، أما إذا مات أو أسلم في أثناء السنة فهل يجب قسط ما مضى كالأجرة أم لا يجب شيء كالزكاة؟ قولان أظهرهما أنه يجب. وقيل تجب قطعًا. وقيل عكسه، وقيل: لا تجب في الموت وفي الإسلام قولان، انظر روضة الطالبين (١٠/ ٣١٢).

(٤) أخرجه أحمد: المسند (٤/٢٤٣) ح (١٧٧٩٣)، وذكره الحافظ الهيثمي في المجمع (٩/٣٥٣ ـ ٣٥٤) وقال: رواه أحمد والطبراني: ورجالهما ثقات.

لأبي حنيفة[١] والشافعي[٢]، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضها على[٣] هذا المقدار على أهل الذمة بحضرة الصحابة[٤]، ولم ينكر عليه أحد، بل استجابوا له وصوبوا رأيه، وإن كان فيهم من يضعف عنه خفف عنهم منه[٥] لأنه على الاجتهاد.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يؤخذ منهم إلا بعد أن يحصل لهم الغرض الذي يريدونه لأن الأخذ إنما هو لانتفاعهم بالتقلب في بلادنا[٦] والتجارة فيها، فإذا لم ينتفعوا كان ما يؤخذ منهم للمشي والسعي فقط، ولأن المأخوذ هو منسوب إلى بيعهم لا إلى رءوس أموالهم، وذلك يوجب ألا يؤخذ إلا بعد بيعهم.

فصل

وإذا اختلفوا مرار في السنة أخذ منهم العشر في كل مرة، خلافًا للشافعي[٧] وغيره في قولهم: إنه يؤخذ منهم مرة السنة لأن الانتفاع حاصل لهم في المرة الثانية والثالثة كحصوله في الأولى، فوجب أن يؤخذ منهم مرة كل مرة انتفعوا بالسعي فيها، ولأن

---

(١) الجزية عند أبي حنيفة نوعان:

الأول: جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق.

والثاني: يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهمًا والوسط يأخذ منه أربعة وعشرين درهمًا وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهمًا، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ١١٢)، الهداية للمرغيناني (٢/ ٤٥٢).

(٢) أقل الجزية عند الشافعية دينارًا لكل سنة ويستحب عندهم أن يأخذ من الغني أربعة دنانير ومن المتوسط دينارين ومن الفقير المعتمل دينارًا، مختصر المزني بهامش الأم (٥/ ١٩٧)، انظر روضة الطالبين (١٠/ ٣١١)، انظر المهذب (٢/ ٢٥٠، ٢٥١).

(٣) على سقطت من (أ).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) سقطت بمنه من (ب).

(٦) في (ب)، (ء) بلاد المسلمين.

(٧) قال المزني (وإذا اتجروا في بلاد المسلمين إلى أفق من الآفاق لم يؤخذ منهم في السنة إلا مرة كالجزية)، انظر مختصر المزني بهامش الأم (٥/ ١٩٩)، انظر مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤/ ٢٤٧).

المعنى فى أخذ العشر لتبسطهم فى بلاد الإسلام وانتفاعهم بالتجارات وحفظ الطرق لهم وحراسة أموالهم، وذلك محتاج إليه فى كل مرة، فوجب أن يتكرر المأخوذ بتكرار اختلافهم ويفارق الجزية لأنها مقدرة بخفر الذمة[1] والإقامة فى دارنا فلذلك يقدر وقت أخذها.

فصل

ويؤخذ منهم مما حملوا إلى الحرمين مما بالناس حاجة إليه من القوت وما يجرى مجراه نصف العشر ليحصل لأهل الحرمين ارتفاق منهم وليكثر[2] الحمل إليهم إذا علموا أن المؤنة تخفف عنهم ويرغبوا فى الحمل.

فصل

ويؤخذ من تجار الحرب ما يؤخذ من تجار أهل الذمة لا يزاد عليهم لأنهم كفار أخذ لهم الأمان فى تقلبهم بالتجارة فى بلاد الإسلام كأهل الذمة، وقيل: إن العشر غير مقدر وأن[3] التقدير للإمام، ووجهه أنه لا حاجة بنا إلى تصرفهم فى بلادنا وليس لهم ذمة توجب إباحتهم ذلك، فوجب أن يكون الأمر فيه إلى الإمام على ما يراه من المصلحة، والله أعلم.

تم كتاب الزكاة [يتلوه كتاب الصيام][4]

* * *

(١) ثبت فى (ب) لحقن الدم.

(٢) ثبت فى (ب) وليكثروا.

(٣) ثبت فى (ب) لأن.

(٤) ما بين القوسين سقط من (ب).

٥

كتاب الصيام [١]

(قال القاضى أبو محـمد عبد الوهاب)[٢]: صوم شهـر رمضان فريضـة واجبة على الأعيان لقوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ [البقرة:١٨٥]، وقوله ﷺ: «بنى الإسلام على خمس: فذكر صوم رمضان»[٣]، وقوله للذى سأله عن الإسلام: «وصوم رمضان»[٤]، ولأنه إجماع[٥].

فصل

وللعلم بدخوله ثلاثة طرق وهى: الرؤية، والشهادة، فـإن لم يصل إلى واحد منهما فإكمال عدة شعبان.

فأما الرؤية فالأصل فيهـا قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته»[٦]، وقوله: «لا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه»[٧]، ولأن الرؤية محققة مـقطوع عليها وما عداها[٨] مظنون، فإذا وجب الصوم بالمظنون كان بالمتحقق أولى.

فصل

الأصل فى الشهادة ولزوم الصوم بها ورود الأخبار وإجماع الأمة عليه[٩]، وإذا ثبت

(١) الصيـام لغة: الإمساك، انظر القـاموس المحيط (٤/١٤١)، الصيـام شرعًا: إمساك عن شـهوتى البطن والفرج فى جميع النهار بنية، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/٥٠٩).
(٢) ما بين القوسين سقط من (ب).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) انظر المغنى لابن قدامة المقدسى (٣/٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١/٢٨٢).
(٦) أخرجه البخارى: الصوم (٤/١٤٣) ح (١٩٠٩)،ومسلم: الصيام (٢/٧٦٢) ح (١٨/١٠٨١).
(٧) أخرجه البخارى: الصوم (٤/١٤٣) ح (١٩٠٦)، ومسلم: الصيام (٢/٧٥٩) ح (٣/١٠٨٠).
(٨) ما عداها سقطت من (ب).
(٩) انظر بداية المجتهد (١/٢٨٣، ٢٨٤).

أنها طريق للعلم بدخول الشهر فأقل ما يجزئ منها شهادة رجلين مسلمين حرين عدلين، ولا يقبل فيها النساء بانفرادهن[١]، ولا مع الرجال ولا العبيد ولا عدل واحد ولا اعتبار بكون السماء مصحية أو متغيمة ولا بالنقل الخاص أو[٢] المستفيض.

فإن لم يصل إلى الشهادة على الشرط الذى وصفناها أكمل عدة شعبان ثلاثين يومًا، ثم صام ولا يلتفت إلى قول المنجمين: أهل الحساب والعدد.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يقبل فيها النساء على وجه لأنه حكم يثبت فى البدن يطلع عليه الرجال غالبًا فلم يقبل فيه شهادة النساء كالطلاق والعتاق والقتل[٣] والحدود، ولأن شهادة النساء تقبل مع الرجال فيما طريقه المال أو المقصود منه المال وبانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال غالبًا من عيوب النساء ومسألتنا خارجة عن هذين.

فصل[٤]

وإنما قلنا: لا يقبل غير[٥] الأحرار لأن شهادة غير العدول غير مقبولة، والحرية من شروط العدالة كالإسلام، وإنما لم نفرق بين أن تكون السماء مصحية أو متغيمة خلافًا لأبى حنيفة[٦] فى قوله: إن كانت مصحية لم تقبل فيه إلا شهادة العدد المستفيض خبرهم، وإن كانت متغيمة قبلت فيه شهادة واحد، لقوله ﷺ: «فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا»[٧] ولم يفرق، ولأنه قد حصل بشهادة عدلين، فوجب قبولهما كما لو كانت متغيمة ولأنه معنى يثبت بالشهادة فلا يتعلق شرط الاستفاضة فيه بالصحو[٨]

(١) ثبت فى (ب) لانفرادهن.
(٢) «أو» سقطت من (ب).
(٣) والقتل: سقطت من (ب).
(٤) فصل: سقطت من (ب).
(٥) ثبت فى (ب): إلا.
(٦) وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يكتفى بشهادة الاثنين كما فى سائر الحقوق، انظر الهداية (١/ ١٣١) الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٦٩)، ١٧٠.
(٧) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/ ٣١١) ح (٢٣٣٨)، بلفظ فإن لم تره وشهدا شاهدا عدل نسكنا: والنسائى: الصيام (٤/ ١٠٦) (باب قبول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان)، وأحمد: المسند (٤/ ٣٩٤) ح (١٨٩١٩).
(٨) ثبت فى (أ): الصحى.

والغيم كسائر الأشياء المشهود فيها.

فصل

وإنما قلنا: لا تقبل شهادة الواحد خلافًا للشافعي لقوله ﷺ[(١)]: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين، فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا وأنسكوا»[(٢)]، فشرط العدد في الشهر[(٣)] فثبت وجوبه، ولأنه حكم يثبت في البدن فلم يقبل في الشهادة عليه واحد، أصله: النكاح والطلاق ولأنها شهادة على رؤية الهلال كالفطر.

وإنما قلنا: إن مع عدم الرؤية والشهادة يجب كمال العدد لقوله ﷺ: «فإن حال دونه غمام فأتموا العدة ثلاثين»[(٤)]، وقوله: «فإن غم عليكم فأقدروا له»[(٥)]، ولأن الأصل بقاء شعبان فلا ينتقل عنه إلا بأن يثبت[(٦)] دخول رمضان من طريق مثله وليس إلا الرؤية والشهادة.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا اعتبار بقول أهل النجوم والعدد لقوله: «من صدق كاهنًا أو منجمًا فقد كفر بما أنزل على محمد»[(٧)]، ولأنهم يثبتون ذلك من طريق يخالفون في صحته ولا يسلم لهم ثبوته، ولأن صاحب الشرع قصر ذلك على الرؤية والشهادة وإكمال العدة فلم يجز إثبات زيادة عليه.

---

(١) ﷺ سقطت من (أ).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت في (ب) الشهود

(٤) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/٣٠٨) ح (٢٣٢٧)، والترمذي: الصوم (٣/٦٣) ح (٦٨٨) وقال: حسن صحيح، والنسائي: الصيام (٤/١٠٩) (باب ذكر الاختلاف على عمرو بن دينار في حديث ابن عباس فيه).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت في (ب) ثبت.

(٧) أخرجه الترمذي: الطهارة (١/٢٤٢) ح (١٣٥) وابن ماجه :الطهارة (١/٢٠٩)، ح (٦٣٩) وأحمد: المسند (٢/٥٣٨) ح (٩٣١٠)، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أتى حائضًا أو امرأة في دبرها أو كاهنًا فصدقه...»، انظر تلخيص الحبير (٣/٢٠٥) ح (٢).

فصل

النية شرط في صحة كل صوم من فرض ونفل وقضاء ونذر معين أو مستحق في الذمة[١] خلافًا لزفر في قوله: إن رمضان غير محتاج إلى نية[٢]، لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[٣] الحديث، وقوله ﷺ: «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل»[٤] فعم، ولأنه صوم شرعي فأشبه سائر الصيام.

فصل

ولا تجزئ النية بعد الفجر لشيء من أنواع الصيام خلافًا لأبي حنيفة[٥] في إجازته ذلك فيما يتعلق بوقت معين كصوم رمضان والنذر المؤقت، وللشافعي[٦] [إجازته ذلك][٧] في النفل دون الفرض، ودليلنا قوله ﷺ: «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل»[٨] فعم، ولأنه صوم شرعي فأشبه النذر والقضاء والنفل، ولأنها عبادة من شرطها النية، فوجب ألا يتأخر عن بعض زمانها، أصله: الصلاة والحج، ولأنها نية ابتدأت بعد مضي جزء من النهار، أصله: بعد الزوال، ولأن كل ما لا يكون الصائم صائم إلا بوجوده فلا يصح الصوم بعد مضي جزء من اليوم عريًا منه، أصله: الإمساك، ولأن النية أحد ركني الصيام فاختصت بإحدى جنسي الزمان، أصله: الإمساك، وعلى

(١) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ٥٢٠).

(٢) النية عند الأحناف شرط في الصوم وخالف زفر وقال: إن النية ليست بشرط، انظر الاختيار (١/ ١٦٥)، انظر الهداية (١/ ١٣٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/ ٣٤١) ح (٢٤٥٤)، والترمذي: الصوم (٣/ ٩٩) ح (٧٣٠) والنسائي: الصيام (٤/ ١٦٦) (باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في ذلك)، وابن ماجه: الصيام (١/ ٥٤٢) ح (١٧٠٠)، انظر نصب الراية (٢/ ٤٣٣).

(٥) انظر الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٦٦)، انظر الهداية (١/ ١٢٨).

(٦) تثبت النية عند الشافعية في صوم الفرض شرط أما في النفل فيصح بنية قبل الزوال وقال المزني وأبو يحيى البلخي: لا يصح إلا من الليل وهل يصح بعد الزوال؟ قولان أظهرهما وهو المنصوص في معظم كتبه لا يصح، انظر روضه الطالبين (٢/ ٣٥١، ٣٥٢)، انظر المهذب (١/ ١٨٠، ١٨١).

(٧) ما بين القوسين سقط من (ب).

(٨) تقدم تخريجه.

الشافعى خاصة أن النهار لو كان زمانًا تصح فيه نية لصيام النفل لصحت فيه نية الفرض اعتبارًا بالليل، ولأنها عبادة من شرطها النية، فلم يختلف فرضها ونفلها فى وقت النية، أصله: الصلاة.

فصل

إذا نوى لجميع شهر رمضان من أول ليلة أجزاه خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢] لقوله ﷺ[٣]: «إنما لامرئ ما نوى»[٤]، ولأنه نية لصوم فى زمان يصلح جنسه لنية الصوم لا يتخلل النية والعمل المنوى زمان نهار فطر فأشبه إذا نوى اليوم الأول من ليلته وقت المغرب أو[٥] العشاء الآخرة.

فصل

إذا ترآى الناس هلال رمضان فرآه رجل واحد لزمه صومه فى نفسه لأنه لما لزمه بإخبار غيره عن رؤيته وهى مظنونة له كان بتيقنه أولى ولا خلاف فى ذلك، وإذا ثبت هذا فإن كان ممن يسمع الإمام قوله، فعليه أن يخبر الإمام بذلك لأنه حق لله تعالى فيلزمه[٦] أداؤه، ولعل غيره أن يكون قد رآه فتكمل الشهادة، وإن كان فاسقًا أو عبدًا أو امرأة أو غيرها لا تعرف عدالته فليس عليه أن يعلم الإمام لأنه يضع من نفسه بغير فائدة بل يصوم لنفسه.

فصل

وإذا[٧] تعمد الإفطار فى اليوم الذى رأى الهلال فى ليلته وحده فعليه القضاء والكفارة ولا اعتبار فى ذلك بحكم الإمام بوجوب صيام ذلك اليوم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا كفارة عليه إذا لم يحكم الإمام بصومه[٨] لأنه هاتك لحرمة يوم عليه يقينًا من

(١) انظر الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٦٥)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢/ ٨٥).
(٢) انظر روضه الطالبين (٢/ ٣٥٠)، انظر المهذب (١/ ١٨٠).
(٣) سقطت: ﷺ من (أ).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) ثبت فى (أ) و
(٦) ثبت فى (أ) فلزمه.
(٧) ثبت فى (ب): إن
(٨) عند الحنفية: إذا رد القاضى شهادتة صام لأنه رآه فإن أفطر قضى لوجوب الأداء ولا كفارة عليه =

رمضان بالفطر فيه، فلزمته الكفارة، أصله: اليوم الثالث، ولأنه لزمته الكفارة بفطره مع حكم الحاكم بوجوبه كان بأن يلزمه برؤية نفسه أولى، ولأنه حكم يلزمه بالفطر فى رمضان، فلم يكن لحكم الإمام اعتباراً فيه، أصله: القضاء.

فصل

وإذا لم ير الهلال فى اليوم التاسع والعشرين من شعبان والسماء مصحية أو متغيمة، فإن الغد محكوم عليه بأنه من شعبان، فإن كان هناك غيم كان يوم شك لإمكان أن يكون الغيم هو المانع من الروية، والمستحب أن يصبح الإنسان ممسكًا عن الطعام لجواز أن يثبت أن اليوم من رمضان بشهادة فيسلم من أن يكون قد أكل فى رمضان، وإن كان القضاء لازمًا له على هذه الصفة.

ويكره أن ينوى صومه تطوعًا تعمداً[1] عند بعض أصحابنا، ويجوز عند مالك[2] إذا لم يقصد به استقبال رمضان، وكذلك يجوز إذا وافق صومًا كان يصومه، ولا يجوز أن ينوى بصومه أنه من رمضان على طريق الاحتياط، فإن كان منه فقد أداه، وإن لم يكن منه كان تطوعًا، فإن[3] صامه على ذلك، فلا يجزؤه متى ثبت أنه من رمضان وعليه قضاؤه.

فصل

وإنما قلنا: إن صومه يصح تطوعًا خلافًا لمن قال: إنه لا يصح على وجه لقوله ﷺ: «لا يتقدمن أحدكم صوم رمضان بيوم ولا بيومين إلا أن يكون صوم كان[4] يصومه فليصم ذلك اليوم»[5] فعم، ولأنه يوم من شعبان فأشبه ما قبله.

فصل

وإنما أجزنا أن يصام تطوعًا للخبر الذى رويناه، والقياس، ولأنه من شعبان فصح

= لمكان الشبهة، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/١٦٩)، انظر بدائع الصنائع (٢/ ٨٠).

(١) تعمدا سقطت من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) عبد الملك.

(٣) ثبت فى (ب) فإنه إن.

(٤) سقطت: كان من (أ).

(٥) أخرجه البخارى: الصوم (٤/ ١٥٢) ح (١٩١٤)، ومسلم: الصيام (٢/ ٧٦٢) ح (٢١/ ١٠٨٢).

صومه، أصله: إذا وافق صومًا كان يصومه، ولأن كل يوم لم يكره أن يتطوع لصومه على وجه لم يكره أن يتطوع به على وجه الابتداء، أصله: سائر الأيام، ووجه الكرامة وهو قول محمد بن مسلمة[1] والشافعي[2] «أنه ﷺ نهى عن صيام يوم الشك»[3] فعم، ولأن عمارًا امتنع أن يصومه[4]، وقال: «من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم ﷺ»[5].

فصل

وإنما منعنا[6] أن يصام على أنه إن كان من رمضان كان إذًا، فإن لم يكن منه كان تطوعًا خلافًا لأبي حنيفة[7]، لقوله ﷺ: «فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين»[8]، ولأنه لو شك في طلوع الفجر فصلى ركعتين ينوي بهما صلاة الصبح إن كان الفجر قد طلع والتطوع إن لم يكن طلع ثم يثبت أنه صلاهما بعد الفجر لم يجزؤه ذلك، فكذلك صوم يوم الشك.

فصل

وإذا ثبت الشهادة في يوم الشك برؤية الهلال عشية الأمس، فقد ثبت كون ذلك

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٢/٧٨).

(٢) انظر المهذب (١/١٧٩)، انظر مختصر المزني بهامش الأم (٢/٢، ٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه: الصيام (١/٥٢٧) ح (١٦٤٦) عن أبي هريرة؛ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن تعجيل صوم يوم قبل الرؤية» في الزوائد: إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف عبد الله بن سعيد المقبري».

(٤) أن يصومه: سقطت من (أ).

(٥) ذكره البخاري: الصوم (٤/١٤٣) (باب قول النبي ﷺ: إذا رأيتم الهلال فصوموا، .) معلقًا وأبو داود: الصوم (٢/٣١٠) ح (٢٣٣٤)، والترمذي: الصوم (٣/٦١) ح (٦٨٦)، وقال: حسن صحيح. والنسائي: الصيام (٤/١٢٦) (باب صيام يوم الشك)، عن عمار بن ياسر بلفظ «من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم ﷺ».

(٦) ثبت في (ب) امتناع.

(٧) صوم يوم الشك عند الحنفية بنية التطوع لا يكره وقد نقل الكاساني الخلاف بين المشايخ في هل الأفضل صومه تطوعًا أم الفطر أم الانتظار، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢/٧٨)، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/١٧٠).

(٨) تقدم تخريجه.

اليوم من رمضان فلا يخلو الناس من أربعة أحوال: إما أن يكون منهم من أكل ومن لم يأكل ولم ينو صومًا، أو من لم يأكل وقد نوى التطوع أو غيره من الصيام سوى رمضان، أو من لم يأكل ونوى بصومه الاحتياط فكلهم لا يجزؤه وعليهم قضاؤه.

فأما من كان منهم أكل فلأنه لم يمسك ولم ينو فلا يجزؤه، وعليه أن يكف بقية يومه عن الأكل لأنه لو علم أن اليوم من رمضان لم يكن له أن يأكل، وكل من هذه سبيله فعليه أن يكف إذا عرفه[1].

وأما من لم يأكل ولم ينو فعليه إمساك اليوم لما ذكرناه، وعليه قضاء ذلك اليوم خلافًا لعبد الملك بن الماجشون وأحمد بن المعذل فى قولهما: إنه يجزؤه صومه ولا قضاء عليه، وإنما قلنا ذلك لأنه لم ينو من الليل ولأنه[2] لم يعلم به فيعتقد الصوم ولا يصح الصوم بغير نية من الليل ولا تكفيه نية الإسلام دون تعيينها وقصد الزمان بها، ولأنه لم ينو هذا الصوم من ليلته فأشبه إذا نواه تطوعًا.

وأما من نوى تطوعًا فلا يجزؤه أيضًا لأمرين: أحدهما أن نية رمضان به لم تحصل، والآخر[3] أن رمضان عينه مستحقة لنفسه ولا يصام عن غيره على وجه.

وأما من صامه على الشك والاحتياط فقد ذكرناه.

فصل

وإن ثبتت الشهادة فى آخر يوم من رمضان أنهم أهلوا الهلال عشية أمسه، فإن الناس يفطرون لوقتهم لأنه ثبت أن اليوم يوم الفطر وصومه غير جائز فهو كالليل وكأوقات الحيض.

فصل

فأما صلاة العيد فينظر، فإن كان قبل الزوال صليت وإن كان بعده لم تصل لا فى بقية اليوم ولا من الغد، وإنما قلنا: إنها تصلى إذا كان قبل الزوال لأن وقتها باق لأنه ما بين ضحوة إلى الزوال، وإنما قلنا: إنه إذا كان بعد الزوال لم يصلوا للإجماع على

(١) ثبت فى (أ) عذره.
(٢) لأنه سقطت من (ب).
(٣) ثبت فى (أ) الأخرى.

ذلك، ولأن النبى ﷺ لم يصلها ولا أحد من الأئمة بعده بعد الزوال، وإنما قلنا: لا تصلى من الغد خلافًا للشافعى[١] وأحمد[٢] لأنه غير يوم العيد[٣]، فلم يقض فيه صلاة العيد كالثالث والرابع، ولأنها صلاة مسنونة، فخروج وقتها مسقط لها كالوتر والكسوف، ولأنها لما لم تصل بعد الزوال، وهو إلى وقتها أقرب كانت بأن لا تصلى من الغد أولى لأنه من وقتها أبعد.

فصل

وإذا رؤى الهلال آخر يوم من شعبان أو من رمضان فهو لغده دون يومه سواء كان قبل الزوال أو بعده، فإن كان هلال رمضان لم يكف الناس عن الأكل، لأن اليوم من شعبان، وإن كان هلال شوال مضوا على صومهم، لأن اليوم من رمضان، وفرق أبو يوسف بين أن يرى قبل الزوال أو بعده، فجعل رؤيته قبل الزوال لليوم وبعده للغد[٤]، ورأيت نحوه لابن حبيب، ودليلنا قول عمر رضى الله عنه: «إن الأهلة بعضها أكبر من بعض، فإذا رأيتم الهلال نهارًا فلا تصوموا ولا تفطروا إلا أن يشهد رجلان أنهما أهلاه بالأمس»[٥]، ولأن رؤيته يوم الثلاثين لا يوجب أن يكون ليومه، أصله: إذا رئى بعد الزوال.

---

(١) مذهب الشافعية أنه إذا شهد شاهدان يوم الثلاثين بعد الزوال برؤية الهلال ففيه قولان أحدهما يقضى وهو الصحيح والثانى لا يقضى فإن أمكن جمع الناس صلى بهم فى يومهم فإن لم يمكن صلى بهم من الغد، انظر المهذب للشيرازى (١/ ١٢١)، مغنى المحتاج (١/ ٣١٥،٣١٦).

(٢) انظر المغنى (٢/ ٢٥٢)، الكافى لابن قدامة (١/ ٣٣٩).

(٣) ثبت فى كل النسخ عيد وما أثبتناه من (ب).

(٤) مذهب الأحناف يوافق المالكية فى أنه إذا رؤى قبل الزوال أو بعده فهو لليلة التالية وقال أبو يوسف إذا ظهر بعد الزوال فهو للتالية وإن ظهر قبل الزوال فهو للماضية، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٧١)، بدائع الصنائع (٢/ ٨٢).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/ ٣٥٨) ح (٧٩٨٢)، والدارقطنى: سننه (٢/ ١٦٨) ح (٦)، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٢٢٣) ح (٥٤).

باب : الصوم الشرعى

الصوم الشرعى: هو إمساك جميع النهار بنية قبل الفجر أو معه فيما عدا زمان الحيض والنفاس والإغماء والجنون، والأيام التى يصلى فيها صلاة العيد.

فصل

وإنما قلنا: إنه إمساك جميع أجزاء النهار لقوله تعالى: **﴿حتى يتبين لكم الخيط الأبيض...﴾** إلى قوله: **﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾** [البقرة:١٨٧]، فألزمنا الإمساك مع طلوع الفجر ثم أمر[١] بإتمامه إلى الليل.

وإنما قلنا بنية لما قدمناه من الدلالة على أن النية شرط فى جميع الصيام[٢] فوجب أن تكون قبل أن يستحق الوقت للصيام أو مع أوله ليكون الشروع فى ذلك مقارنًا لها أو متقدمًا عليها، ولا يجوز تأخيرها عن الفجر.

وإنما شرطنا أن يكون فيما عدا زمان الحيض والنفاس للاتفاق على أن الحيض والنفاس يمنعان أداء الصوم، وقد مضى ذلك فى كتاب الحيض.

وإنما شرطنا أن يكون فى حال لا يقارنها إغماء ولا جنون لأنهما يؤثران فى منع الأداء على ما سنذكره[٣]، وإنما شرطنا أن يكون فى أيام لا يصلى فيها العيد احترازًا من أيام العيد لأن صومها لا يصح بمثابة الليل.

فصل

ويجوز للمتمتع صوم أيام التشريق خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى[٥] لقوله تعالى:

---

(١) فى جميع النسخ أمرنا وما أثبتناه من (ب).

(٢) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١/٥٠٩)، انظر الكافى لابن عبد البر (١/٣٣٥).

(٣) ثبت فى (أ) ما نذكره.

(٤) صيام أيام التشريق عند الحنفية مكروه وفى رواية أبى يوسف وعبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة أنه لا يجوز الصوم فيه، انظر بدائع الصنائع (٢/٧٨)، انظر الهداية (١/١٨٦).

(٥) هذا على الجديد من قول الشافعى وقال فى القديم يجوز للمتمتع الهدى، انظر روضه الطالبين (٢/٣٦٦)، المهذب (١/١٨٩).

﴿فصيام ثلاثة أيام فى الحج﴾ [البقرة:١٩٦] فعم، وروى ابن عمر: «أنه ﷺ رخص للمتمتع إذا لم يجد الهدى ولم يصم أيام العشر أن يصوم أيام التشريق»[١] وهذا كالنص، ولأن كل يوم لا يصلى فيه صلاة العيد، فإن صومه يصح، أصله: سائر الأيام.

فصل

ويكره التطوع بصيامها لقوله ﷺ: «إنها أيام أكل وشرب وبعال»[٢]، فأجراها مجرى يوم العيد ولا يجوز اعتبار ذلك بالمتمتع لأن الضرورة لا تعتبر بالاختيار.

فصل

والذى يجب الإمساك عنه ويحكم بالفطر متى انخرم شىء منه هو الأكل والشرب وإيصال شىء يتطعم إلى الحلق من أى المنافذ كان: من مدخل الطعام والشراب أو العين أو الأذن أو الأنف أو ما ينحدر من الدماغ بعد وصوله من بعض هذه المنافذ، فمتى وصل شىء من ذلك إلى حلقه، فإنه يفطر مثل أن بالغ فى الاستنشاق فيصل الماء إلى حلقه أو يستسعط[٣] بدهن أو يصبه فى صماخه أو يكتحل بكحل حاد فيجد طعم ذلك فى حلقه.

واختلف فيمن بلع ما لا يغذى ولا يماع فى الجوف كالحصى والدرهم وما أشبهه، فقيل: إنه بمثابة الطعام والشراب فى وقوع الفطر به، وقيل: لا يقع الفطر به.

واختلف فى الحقنة والصحيح أنها لا تفطر[٤] ولا يفطر ما لا يمكن الاحتراز منه كغبار الدقيق والتراب، وما بين الأسنان الذى يترك مع الريق وما أشبه ذلك.

ومما يلزم الإمساك عنه الإيلاج فى قبل أو دبر، فمتى حصل وقع الفطر من غير

---

(١) أخرجه الدارقطنى: سننه (٢/١٨٦) ح (٢٩) وقال: يحيى بن سلام ليس بالقوى.

(٢) أخرجه مسلم: الصيام (٢/ ٨٠٠) ح (١١٤٤/١١٤٤١)، وأبو داود: الصوم (٢/ ٣٣٢) ح (٢٤١٩)، والترمذى: الصوم (٣/ ٣٤) ح (٧٧٣).

(٣) ثبت فى جميع النسخ يستسعط وما أثبتناه من (أ)، والسعوط: ما يصب منه فى الأنف، انظر القاموس المحيط (٢/ ٣٦٤).

(٤) قال ابن عبد البر وقد قيل: القضاء فى الحقنة استحباب لا إيجاب وهو عندنا الصواب، انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٤٥).

مراعاة الإنزال[1]، وكذلك إنزال الماء الدافق كان بوطء دون الفرج أو عن قبلة أو جسة أو عبث بيد أو مداومة نظر أو فكرة أو تذكر وما أشبه ذلك من الأسباب الداعية له.

ولا يفطر باحتلام[2] ولا بما يرهقه ابتداء من الإنزال من غير سبب استدعى به[3] إن أمكن وجود ذلك، ومما يفسد الصوم الحيض والنفاس والردة وترك النية من الليل والإغماء والجنون قبل طلوع الفجر إذا داما به إلى بعد طلوعه، وكذلك السكر فهذا جمهور ما في هذا الباب.

فصل

وإنما قلنا: إن الإمساك يجب بجميع النهار عن الأكل والشرب لقوله تعالى: ﴿وكلوا واشربوا...﴾ إلى قوله: ﴿إلى الليل﴾ [البقرة:١٨٧] فأمرنا بالإمساك عن ذلك عند طلوع الفجر إلى دخوله الليل، ولقوله ﷺ يوم عاشوراء: «من أكل فليمسك»[4] والإجماع على ذلك[5]، وإنما قلنا: إن وصول الطعام إلى الحلق من أى المنافذ كان يفطر لاتفاقهم على أن وصوله من مدخل الطعام أو الشراب يفطر، والعلّة فيه وصول طعمه إلى الحلق، فكانت سائر المنافذ بمنزلته والاتفاق على منع الصائم من ذلك، ولو كان الفطر لا يقع به لم يكن للمنع منه معنى، وكذلك الإفطار بما لا يغذى ولا يماع كالحصى وغيره من الجامدات ولا معنى لمن منع ذلك من أصحابنا[6] لقوله: إنه لو كان ذلك يفطر لكان فى عمده الكفارة لأنا كذلك نقول.

فصل

وإنما قلنا: إن الإيلاج يفسد الصوم للإجماع على ذلك[7]، ولأمره ﷺ السائل عمن

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٤٢).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٣٤٠).

(٣) ثبت فى (ب) استدعاه.

(٤) أخرجه البخارى: الصوم (٤/٢٨٨) ح (٢٠٠٧)، ومسلم: الصيام (٢/٧٩٨) ح (١١٣٥/١٣٥).

(٥) ذكره موفق الدين إجماعًا، انظر المغنى (٣/ ٣٥)، انظر المجموع (٦/ ٣٣٢).

(٦) قال ابن عبد البر: وقال المتأخرون من المالكين: إن القضاء فى مردود الحصاة عامدًا، انظر الكافى (١/ ٣٣٥)، انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ٥٢٣).

(٧) انظر المغنى لابن قدامة (٣/ ٥٤).

وقع على أهله فى نهـار رمضان بالقضـاء والكفارة من غيـر استفـصال هل أنزل أو لم ينزل[1].

فصل

وإنما لم نراع ما زاد على التقاء الختانين ومغيب الحشفة لأن ذلك غير مراعى فى سائر الأحكام المتعلقة بالإيلاج من الغسل والحد والحصانة وكمال المهر والإحلال، فكذلك فى وقوع الفطر به.

وإنما قلنا: إن الإنزال عن أسباب اللذة مؤثر فى إفساد الصوم للاتفاق على أن الإنزال فى الجملة له تأثير فى إفساد الصوم وأن وقوعـه لا عن سبب من الصائم يستدعيه به لا يفسده كالاحتلام، فلم يبق إلا أن يكون مستدعى[2] بوجه من وجوه اللذة.

فصل

وإنما قلنا فى الاحتـلام: إنه لا يفسد الصيـام[3] لما روى: «ثلاث لا يفطـرن الصـائم فذكر الاحتلام»[4]، والإجـماع على أن المراعى فى ذلك سـبب يكون من الفطر، وأمـا الحيض والنفاس فقد ذكرناه فى باب الحيض.

فصل

وأما الردة فلقـوله عز وجل: ﴿ليحبطن عملك﴾ [الزمر:٦٥] فعم، ولأن مـن شرط الصوم التقرب بفعله والردة تنافى ذلك.

فصل

وإنما قلنا: إن الإغـمـاء والجنون يمنع صـحـة الصـوم لقـوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة. . .» فذكر: «المجنون»[5]، ورفع القلم عبارة عن نفى تعلق الأحكام بفعله، ولأنه

---

(١) أخرجه البخارى: الصوم (٤/ ١٩٣) ح (١٩٣٦)، ومسلم: الصيام (٢/ ٧٨١) ح (٨١/ ١١١١).

(٢) ثبت فى (ب) مستدعيًا.

(٣) انظر الكافى (١/ ٣٤١)، انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (١/ ٥٢٣).

(٤) أخرجه الترمذى: الصوم (٣/ ٨٨) ح (٧١٩) وقال: حديث غيـر محفوظ، والبيهقى فى الكبرى (٤/ ٣٧٢) ح (٨٠٣٤)، انظر نصب الراية (٢/ ٤٤٦).

(٥) تقدم تخريجه.

معنى ينافى التكليف لا يغلب وقوعه، فخرج من وجد به عن أن يكون من أهل النية.

فصل

وإذا أفاق المجنون والمغمى[1] بعد مضى الشهر قضى ما فاته خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، وسواء بلغ مطبقًا أو عرض له ذلك بعد بلوغه، ولأنه مسلم عرض له ما منع انعقاد صومه فلزمه قضاؤه عند زواله كالحيض.

(١) والمغمى: سقطت من (أ).

(٢) مذهب الأحناف أن المغمى عليه إذا اغمى عليه رمضان كله قضاه لأنه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل العقل.
وأما المجنون فإن جن فى رمضان كله لم يقضه وإن أفاق فى بعضه مضى ما قضاه، انظر الهداية (١/١٣٨)، انظر الاختيار (١/١٧٧).

(٣) انظر روضه الطالبين (٢/٣٧٣)، انظر المجموع شرح المهذب (٦/٢٥٦).

باب : فيمن أكل أو شرب أو خرم الإمساك ناسيًا وهو صائم(١)

ومن أكل أو شرب أو خرم الإمساك المأمور به سهواً، فقد أفسد صومه وعليه القضاء في الفرض خلافًا لأبي حنيفة(٢) والشافعي(٣) لقوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة:١٨٧] وهذا غير متمم، ولأنه مكلف حصل آكــلاً في نهار رمضان كالعامد، ولأن السهــو نوع من الأعذار(٤)، فلم يمنع إفــساد الصــوم يوقوع مــا منع منه في عــمده(٥)، أصله: المرض، ولأن الإمســاك أحد ركني الصوم فكان تــركه سهواً في إفــساده كتــركه عمدًا، أصله: النية.

فصل

ويستحب تعجيل الإفطار وتأخير السحور لقوله ﷺ: «لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر»(٦)، وروى: «أنه ﷺ كان يتسحر ثم يقوم إلى صلاة الغداة، قال أنس: كان بين ذلك قدر خمسين آية(٧)، وفي بعض الحديث أن من عمل النبوة تعــجيل الإفطار وتأخير السحور»(٨).

---

(١) ثبت العنوان في (ب).

(٢) انظر الهداية للمرغيناني (١/ ١٣٢)، انظر الاختيار (١/ ١٧٤).

(٣) إذا أكل ناسيًا عند الشافعية فإذا كان قليلاً لا يفطر قطعًا وإن كان كثيراً وإن كثر فوجهان والأصح أنه لا يفطر، وإن جــامع نــاسـيًا لم يفطر على المذهب وقــيل قــولان، انــظر روضــة الطالبــين (٢/ ٣٦٣)، المهذب (١/ ١٨٣).

(٤) ثبت في (آ) ولأن الشهر نوع من الأعذاد

(٥) ثبت في (آ) في غيره.

(٦) أخــرجــه البــخــاري : الصــوم (٤/ ٢٣٤) ح (١٩٥٧) ، ومــسلــم : الصــيــام (٢/ ٧٧١) ح (٤٨/ ١٠٩٨).

(٧) أخرجه البخاري: الصوم (٤/ ١٦٤) ح (١٩٢١)، ومسلم: الصيام (٢/ ٧٧١) ح (٤٧/ ١٠٩٧). عن زيد بن ثابت رضي الله عنه بلفظ «تسحرنا مع النبي ﷺ، ثم قام إلى الصلاة...».

(٨) أخــرجــه الدارقطني: سننه (١/ ٢٨٤) ح (٤) والبــيــهــقي في الكبــرى (٤/ ٤٠١) ح (٨١٢٥) والطبراني في الكبيــر (١١/ ١٩٩) ح (١١٤٨٥)، عن ابن عباس بلفظ «إنا معاشر الأنبــياء أمرنا بتعجيل فطرنا وتأخير سحورنا».

فصل

ومن غلب ظنه غروب الشمس فأفطر أو بقاء الليل فتسحر ثم بان له أنه أكل نهاراً فليس بصائم وعليه القضاء في الفرض خلاف النذر المعين خلافًا لداود[1] لقوله تعالى: ﴿فكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر...﴾[2] إلى قوله: ﴿إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧]، وهذا لم يتممه، ولأنه أكل في نهار رمضان مع التكليف كالعامد، ولأن خطأ الوقت في الصوم مثله في الصلاة، ولو صلى المغرب وعنده أن الشمس قد غربت ولم تكن غربت لزمه القضاء، وكذلك إذا أفطر وعنده أنها قد غربت وبان له أنها لم تغرب.

فصل

ومن ذرعه القيء لم يفسد صومه ولا قضاء عليه لقوله ﷺ: «من ذرعه القيء فلا قضاء عليه»[3]، وقوله: «ثلاث لا يفطرن الصائم: فذكر القيء»[4]، ولأنه خارج من البدن من غير مخرج الحيض، فإذا كان بغير صنع من الصائم ولا استدعاد لم يفسد الصوم، أصله: الاحتلام.

فصل

وإن استقى فمن أصحابنا من يقول: إن القضاء واجب، ومنهم من يقول: مستحب، فوجه الوجوب قوله ﷺ: «ومن استقى فعليه القضاء»[5]، ولأن الغالب منه عود شيء مما يخرج من حلقه إلى جوفه، وذلك مفطر له للغالب على اليقين، ووجه نفيه فلأنه خارج من الفم كالبصاق ولأنه لما افترق الحكم بين غلبته وعمده دل على أنه لا يقع به الفطر، وهذا يدخل عليه الإنزال لأن الحكم يفترق بين غلبته بالاحتلام وبين عمده

(١) ذكره النووي في المجموع وعزاه إلى إسحاق بن رهوايه وداود، انظر المجموع (٦/ ٣٣٠).

(٢) من الفجر سقطت من (أ).

(٣) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/ ٣٢١) ح (٢٣٨٠)، والترمذي: الصوم (٣/ ٨٩) ح (٧٢٠) وقال: حسن غريب، وأحمد: المسند (٢/ ٦٥٥) ح (١٠٤٧٤)، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٢٠١) ح (١١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

والقول فى الكفارة مبنى على هذا الاختلاف.

فصل

الحجامة[١] لا تفطر خلافًا لأحمد[٢]، «لأنه ﷺ احتجم وهو صائم»[٣]، وقال: «ثلاث لا يفطرن...» فذكر: «الحجامة»[٤]، ولأنها فى معنى الجراحة كالفصاد[٥].

فصل

إذا ثبت أنها لا تفطر فإنها مكروهة لأن الغالب منها لحوق الضعف، فربما أدى إلى الفطر، وقد روى هذا المعنى عن على وابن عباس، وجماعة من الصحابة.

فصل

السواك جائز للصائم فى الجملة لقوله ﷺ[٦]: «خير خصال الصائم السواك»[٧]، ولأنه ﷺ كان يفعله ويداوم عليه[٨]، وأول النهار وآخره سواء فى إباحته خلافًا للشافعى فى كراهيته له آخر النهار[٩]، لأن كل معنى لم يكره أول النهار لم يكره آخره كالمضمضة ولأن أول النهار مساوٍ لآخره فى شروط الصحة، فكذلك فى الندب والإباحة.

---

(١) قال الفيروزآبادى: الحجام المصاص، انظر القاموس المحيط (٤/ ٩٣).

(٢) هو مذهب الإمام احمد وقال به إسحاق وابن المنذر ومحمد بن إسحاق بن خزيمة وعطاء وعبد الرحمن بن مهدى، انظر المغنى (٣/ ٣٦).

(٣) أخرجه البخارى: الصوم (٤/ ٢٠٥) ح (١٩٣٩)، وأبو داود: الصوم (٢/ ٣١٩) ح (٢٣٧٢)، والترمذى: الصوم (٣/ ١٣٧) ح (٧٧٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال الفيروزآبادى: وافتصد شق العرق، انظر القاموس المحيط (١/ ٣٢٣).

(٦) سقطت ﷺ من (أ).

(٧) أخرجه ابن ماجه: الصيام (١/ ٥٢٦) ح (١٦٧٧)، فى الزوائد: فى إسناده مجالد، فهو ضعيف، والبيهقى فى الكبرى (٤/ ٤٥٢) ح (٨٣٢٦).

(٨) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/ ٣١٨) ح (٢٣٦٤)، والترمذى: الصوم (٣/ ٩٥) ح (٧٢٥) وقال: حسن.

(٩) وهناك وجه شاذ أنه لا يكره قاله القاضى حسين، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٦٨)، المجموع (٦/ ٤٠٨).

فصل

الأسباب التى يفطر بها الصائم ضربان: منها ما هو من فعله، ومنها ما ليس من فعله.

فالذى ليس من فعله لا كفارة فيه أصلاً، وذلك الحيض والنفاس والإغماء والجنون والإكراه مثل أن يمسك ويوجر[١] الماء[٢] أو تمسك المرأة وتجامع كرهًا وما أشبه ذلك، ولسنا نريد بقولنا: إنه يفطر الصائم أنه طرأ على صوم صحيح فيفسده، وإنما نريد لا يصح الصوم معها بأن تقارن ابتداؤه تارة فتمنع انعقاده وتطرأ عليه بعد انعقاده فتمنع استدامته، فكل هذا لا كفارة فيه إلا فى المجامعة مكرهة، فإن الكفارة على مكرهها دونها[٣].

والذى هو من فعله نوعان: نوع يعذر به، ونوع لا يعذر به لا كفارة فيه أصلاً، وذلك كالأكل والجماع سهواً أو لسفر أو لمرض أو لإكراه أو ضرورة عطش أو لجوع يخاف معه التلف أو حدوث مرض أو خطأ الوقت أو بضرب من التأويل يعذر فيه بجهل كمسافر مقداراً لا تقصر الصلاة فى مثله أو قادم قبل طلوع الفجر ظانًا أن من لم يقدم من أول الليل فلا صوم له أو ما أشبه ذلك سوى متعجل الفطر من أجل عذر يتوقعه من مرض أو حيض أو سفر فعليه الكفارة، وخالف عبد الملك فى المفطر عازمًا على السفر فقال: إن مضى لسفره فلا كفارة عليه وإن قعد فعليه الكفارة.

ومن الأعذار التى لا كفارة معها: الفطر لخوف على حمل أو ولد أو لإفناء وهرم، والذى نريده[٤] بالكفارة فى هذا الموضع هو الكفارة العظمى، فهؤلاء لا كفارة عليهم، وإنما قلنا ذلك لأن الكفارة متعلقة بالهتك وانتفاء العذر، وذلك يتضمن كونه من فعلتهم ومنعهم من إيقاعه، فكل هذا معلوم فى النوعين معًا.

---

(١) قال الفيروزآبادى: وتوجر الدواء بلعه والماء شربه كارهًا، انظر القاموس المحيط (٢/ ١٥٣).

(٢) من صب فى حلقه الماء مكرهًا عليه القضاء ولا كفارة عليه، انظر المدونة (١/ ١٨٦).

(٣) انظر المدونة (١/ ١٧٥).

(٤) ثبت فى (أ) يزيله.

فصل

والنوع الذى لا يعذر معه ينقسم قسمين: منه ما يقصد به هتك حرمة الصوم، ومنه ما يقصد به هتك شىء يجر إلى هتك حرمة الصوم، وهذا كالردة التى ليس الصوم مقصود بها، وإنما يقصد هتك حرمة الإسلام فيجر إلى الصوم فلا كفارة فيه.

والقسم الآخر ما يقصد به هتك حرمة الصوم نفسه بالإفساد، فهذا النوع تلزم به الكفارة من غير اعتبار بما به يقع الفطر من جماع أو أكل أو شرب أو ترك نية عمداً أو تعمد إنزال عن فعل منهى عنه من استمناء أو وطء دون الفرج[1] أو قبلة أو لمس لشهوة أو استدامة نظر أو غير ذلك إذا قارن جميع ما ذكرناه الإنزال، وإن شئت فصلت بين هذا القسم وبين الردة: بأن كل فعل يفسد الصوم ويوجب القضاء تتعلق به الكفارة وكل ما لا يوجب القضاء لا تتعلق به الكفارة وهو الردة.

فصل

وإنما قلنا: إن المجامع عمداً فى الفرج عليه الكفارة[2] للحديث المروى فى ذلك[3]، وإنما قلنا: إنه لا اعتبار بما به يقع الفطر إذا وجد الهتك خلافًا للشافعى فى قصره ذلك على الجماع فى الفرج[4] لما روى: أن رجلاً أفطر رمضان، فأمره ﷺ أن يكفر ولم يستفصل[5]، واعتباراً بالجماع بعلة وجوب الهتك بما يوجب القضاء.

فصل

وإنما قلنا: لا كفارة على المرتد، لأن الكفارة متضمنة بالقضاء، فإذا لم يجب القضاء لم تجب الكفارة، ولأنه لا يخلو أن يقيم على ردته أو يعود إلى الإسلام: فإن أقام على الردة فالكافر لا يخاطب بفروع الشريعة[6] مع الإقامة على كفره، وإن عاد إلى الإسلام

(١) انظر الكافى (١/ ٣٤٢)، انظر المدونة (١/ ١٧٥).

(٢) والكفارة فى ذلك عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينًا أى هذه الثلاثة فعل اجزأه، انظر الكافى (١/ ٣٤١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٧٤)، انظر المهذب (١/ ١٨٢).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) اعلم أن العلماء متفقون على أن الكفار مخاطبون بأصول الشريعة (الإيمان) فلقد أتى الرسول =

سقط عنه كل ما كان قبل توبته اعتبارًا بالكافر الأصلى.

فصل

والكفارة ثلاثة أنواع: إعتاق، وصيام، وإطعام.

والإعتاق[١]: هو تحرير رقبة مؤمنة ليس فيها عـقد من عقود العتق ولا يكون مستحقًا بجهة أخرى.

والصيام: أن يصوم شهرين متتابعين.

والإطعام لستين مسكينًا مدًا بمد النبى ﷺ، والأصل فى هذه الجملة حديث الأعرابى الذى قال: وقعت على أهلى فى رمضان «فأمره رسول الله[٢] ﷺ أن يكفر بعتق رقبة أو بصيام شهرين متتابعين أو بإطعام[٣] ستين مسكينًا»[٤]، ولا خلاف أنها هذه الأنواع[٥].

= ﷺ بالدعوه للناس جميعًا.

واتفقوا كذلك أنهم مـخاطبون بالمعاملات كالبيع والشراء والرهن والإجـارة وبالعقوبات كالحدود والقصـاص، واختلفوا فى مخـاطبتهم بما عدا ذلك من فـروع الشريعة كالصـلاة والصوم والحج والزكاة من كل ما يعتبر الإيمان شرطًا فى صحته على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أنهم مخـاطبون بفروع الشريعـة أداء واعتقادًا وهو مـختار جمهـور العلماء ومنهم الأئمة الثـلاثة مالك والشافعى وأحـمد وإمام الحـرمين والغزالى والشيـرازى والرازى والآمدى، واختاره من المعتزلة أبو على الجبائى وابنه أبو هاشم وأبو الحسين البصرى وقول الحنفية العراقيين.

والقول الثانى: ليسوا مخاطبين بها لا أداء ولا اعـتقادًا وهو لعلماء الحنفية السمرقنديين كأبى زيد الدبوسى وشمس الأئمة الـسرخسى وفخر الإسـلام واختار هذا القول أبو حامـد الإسفراينى من الشافعية.

القول الثالث: هم مـخاطبون بالنواهى وليسوا مـخاطبين بالأوامر وقد حكاه البـيضاوى دون أن ينسب إلـى أحـد، انظر إحكام الأحـكام (١/٢٠٦,٢٠٧) البـرهان (١/١٠٧)، المحـصـول (١/٣٠٢)، فواتح الرحـموت (١/١٢٨)، المستصفـى (١/٩١)، المعتمـد (١/٢٩٤)، تيسـير التحـرير (١/١١٤)، أصول السـرخسى (١/٧٣)، أصول الفـقه للشيخ محمـد أبو النور زهير (١/١٨٤، ١٨٥).

(١) ثبت فى (ب) فالعتاق.

(٢) رسول الله سقطت من (أ).

(٣) ثبت فى (ب) إطعام.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر المغنى لابن قدامة (٣/٦٥,٦٦,٦٧).

فصل

وهى على التخيير خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢] لما روى أنه ﷺ أمر السائل أن يكفر بعتق رقبة أو بصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينًا[٣]، و «أو» موضوعها التخيير، ولأنها كفارة وجبت من غير عمد ولا إتلاف، فكانت على التخيير أصله كفارة اليمين.

فصل

والاختيار عند مالك رحمه الله: الإطعام، لأنه أعم نفعًا؛ لأن العتق يخص المعين والصيام لا منفعة فيه لغير الصائم والإطعام يسقط الفرض ويعم نفعه جماعة المساكين.

فصل

وإنما قلنا: إن للمريض أن يفطر لقوله تعالى: **﴿ومن كان مريضًا أو على سفر فعدةٌ من أيام أخر﴾** [البقرة:١٨٥]، ولأنه لما جاز الفطر لمشقة السفر التى قد تكون، وقد لا تكون فلأن يجوز له ذلك فى المرض أولى، ولا خلاف فى ذلك[٤]، وكذلك إذا خاف حدوث المرض جاز له الفطر، كما يجوز له التيمم متى خاف المرض باستعمال الماء.

فصل

وإنما قلنا: إن الحامل إذا خافت على حملها أفطرت ولا إطعام عليها خلافًا للشافعى[٥]، وعبد الملك، لأنها مفطرة بعذر كالمريض، ولأن عذرها أبلغ من عذر مخطئ الوقت، فإذا لم يجب عليه إطعام، فالحامل أولى، ولأن خوفها على ولدها وربما تعدى إليها، فكان كخوفها على نفسها.

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٣٤، ١٣٥)، انظر الاختيار (١/ ١٧٢).

(٢) انظر المجموع للنووى (٦/ ٣٦٦)، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٧٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن قدامة فى المغنى إجماعًا وابن أبى عمر فى الشرح إجماعًا، انظر المغنى (٣/ ٣٣) الشرح الكبير (٣/ ١٦).

(٥) انظر مختصر المزنى بهامش الأم (٢/ ١٠)، انظر روضه الطالبين (٢/ ٣٨٣).

فصل

وفى المرضع روايتان: فوجه الوجوب أنها مفطرة من أجل غيرها لا من أجل نفسها، فضعف عذرها عن الحامل، ووجه نفى الوجوب فلأنها مسوغ لها الفطر كالمريض.

فصل

وإنما قلنا: إن الشيخ الهرم لا يلزمه الصوم لأنه يضعف عنه ويؤدى إلى تلفه، وذلك مسقط للتكليف عنه، وإنما قلنا: لا إطعام عـليه خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لأنه مسوغ له الفطر كالمريض.

فصل

وإذا طاوعت المرأة بالجماع فعليها الكفارة خلافًا للشافعى[3]، لأن كل فطر على وجه الهـتك، فإنه يوجب الكفـارة كفطر الرجل، ولأنهـا شخص مـفطر على وجه الهـتك كالرجل.

فصل

ولا يتحملها عنهـا الرجل، خلافًا للشافعى[4] فى بعض أقـاويله لأن الفطر بالهـتك يلزم الكفارة به للمفطر من غير تحمل عنه، أصله: الرجل.

---

(١) انظر الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٧٧)، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٣٧).

(٢) فى وجوب الفدية على الشيخ الهرم قولان أظهرهما الوجوب، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٨٢)، انظر المجموع للنووى (٦/ ٢٦١).

(٣) عند الشافعية ثلاثة أقوال:
أصحها: تجب على الزوج خاصة.
والثانى: تجب عليه عنه وعنها.
والثالث: يلزم كل واحد منهما كفارة.
انظر المجموع للنووى (٦/ ٣٦٣)، روضة الطالبين (٢/ ٣٧٤).

(٤) هل الكفاره التى يخرجها عنه خاصة ولا يلاقيهـا الوجوب أو هى عنه وعنها ويتحملها عنها؟ فيه قولان مـستنبطان من كـلام الشافعى رضى الله عنه وربما قـيل وجهـان، أصحهـما الأول، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٧٤)، المجموع (٦/ ٣٦٣).

فصل

وإذا أفطر يومين فعليه كفارتان سواء كفَّر عن اليوم الأول أم لا ، خلافًا لأبى حنيفة[(١)]، لأنه هتك لحرمة الصوم بالفطر فيه كاليوم الأول، ولأن تأخير الكفارة عن اليوم الأول لا يوجب سقوطها فى اليوم الثانى، أصله: فى السنتين، ولأنه حكم لزم بالفطر فأشبه القضاء.

فصل

ولا كفارة على الواطئ سهوًا خلافًا لأحمد بن حنبل[(٢)]، لقوله ﷺ[(٣)]: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان»[(٤)]، ولأنه حرم الإمساك سهوًا كالأكل، ولأن الكفارة تتعلق بالهتك دون العذر كالمريض.

فصل

ومن أصبح جنبًا فصام أجزأه، خلافًا لبعضهم[(٥)]، فإنه ﷺ كان يفعل ذلك[(٦)]، ولأنه حدث فبقى تطهيره لا يمنع الصوم كالحدث الأصغر.

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٢/١٠١).

(٢) من جامع ناسيًا فظاهر مذهب الحنابلة أنه كالعامد نص عليه أحمد ونقل أحمد بن القاسم عنه: كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره قال أبو الخطاب: هذا يدل على إسقاط القضاء والكفاره مع الإكراه والنسيان، انظر المغنى لابن قدامة (٣/٥٦)، انظر المحرر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد (١/٢٢٩).

(٣) ﷺ سقطت من (ب).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) روى أن أبا هريرة يقول: لا صوم له ويروى ذلك عن النبى ﷺ ثم رجع عنه، قال سعيد بن المسيب: رجع أبو هريرة عن فتياه. وحكى عن الحسن وسالم بن عبد الله قالا: يتم صومه ويقضى وعن النخعى فى رواية يقضى فى الفرض دون التطوع وعن عروة وطاوس: إن علم بجنابته فى رمضان فلم يغتسل حتى أصبح فهو مفطر وإن لم يعلم فهو صائم وحجتهم حديث أبى هريرة الذى رجع عنه، انظر المغنى (٣/٧٥، ٧٦).

(٦) أخرجه البخارى: الصوم (٤/١٦٩ - ١٧٠) ح (١٩٢٥، ١٩٢٦)، ومسلم: الصيام (٢/٧٧٩) ح (٧٥/١١٠٩).

فصل

وإذا طهرت الحائض ليلاً فأخرت الغُسل حتى طلع الفجر صامت إن كانت نوت وأجزاها سواء فرطت بالتأخير أو لم تفرط، خلافًا لعبد الملك ومحمد بن مسلمة، لأنها محدثة زال حدثها قبل الفجر ولم يبق عليها سوى التطهير كالجنب، ولأن وجوب الغسل لا ينافى صحة الصوم كالغسل من الجنابة.

فصل

لا تلزم العظمى فى إفطار ما عدى رمضان خلافًا لما يحكى عن قتادة أن فى قضائه الكفارة لأن الكفارة واجبة لهتك حرمة الزمان واعتبارًا بالنفل والنذر.

فصل

قضاء رمضان موسع إلى دخول رمضان من السنة الآتية، فإن دخل ولم يقضه نظر: فإن كان بعذر فلا إطعام عليه ولا شيء سوى القضاء، وإن كان لغير عذر لزمه مع القضاء بعدد الأيام أمداد عن كل يوم مد خلافًا لأبى حنيفة لقوله: لا إطعام عليه[١]، لقول عائشة أم المؤمنين[٢] رضى الله عنها: «إن كان ليكون عليَّ صوم من رمضان فلا أستطيع أن أقضيه حتى يدخل شعبان»[٣]، فأبانت بذلك أن وقت القضاء ما بين الرمضانين، فإذا أخره عن هذا الوقت فقد أخره عن وقته المجعول له، فأشبه إذا أخر صوم رمضان عن وقته[٤].

فصل

ومن سافر سفرًا مباحًا تقصر الصلاة فى مثله فهو بالخيار إن شاء صام رمضان وإن شاء أفطر لقوله تعالى: **﴿فمن كان منكم مريضًا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾** [البقرة:١٨٤]، معناه: فأفطر، وقوله ﷺ: «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر

---

(١) انظر الاختيار لتعليل المختار (١/١٧٨)، انظر الهداية للمرغيناني (١/١٣٧).

(٢) أم المؤمنين سقطت من (أ).

(٣) أخرجه البخاري: الصوم (٤/٢٢٢) ح (١٩٥٠)، ومسلم: الصيام (٢/٨٠٢) ح (١٥١/١١٤٦).

(٤) وقت سقطت من (أ).

الصلاة»[1]، وقوله لحمزة بن عمرو الأسلمي، وكان كثير الصيام «إن شئت فصم وإن شئت فأفطر»[2]، وقال أنس: «كنا نسافر مع رسول الله في رمضان فمنا من صام ومنا من أفطر فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم»[3].

فصل

وإنما قلنا: إن صومه يصح خلافًا لبعض من لا يعتد بخلافه[4] للأخبار التي رويناها، ولأن السفر حال يصح فيها صوم غير رمضان، أصله: الحضر، ولأن رخصة الفطر كرخصة القصر ولو أتم الصلاة لأجزاه فكذلك إذا صام.

فصل

وإنما قلنا: إن عليه القضاء لقوله تعالى: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤]، ولأنه عذر أبيح معه الإفطار كالمرض، وإنما قلنا: إنه مقصور على مدة للاتفاق على تساويهما في ذلك، ولأنه أحد الأركان الخمسة، للسفر تأثير في تخفيضه، فوجب أن يكون مسافته ثمانية وأربعون ميلاً كالصلاة.

فصل

إذا ثبت أنه مخير فالصوم أفضل خلافًا للشافعي[5]، والفرق بينه وبين القصر أنه إذا قصر، فقد أدى العبادة وبرئت ذمته منها، وإذا أفطر فهي متعلقة بذمته وأداء العبادة أفضل من تأخيرها.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري: الصوم (٤/ ٢١١) ح (١٩٤٣)، ومسلم: الصيام (٢/ ٧٨٩) ح (١١٢١/١٠٣).

(٣) أخرجه البخاري: الصوم (٤/ ٢١٩) ح (١٩٤٧) ومسلم: الصيام (٢/ ٧٨٧) ح (١١١٨/٩٨).

(٤) قالت الظاهرية: إنه لا يجزيه عن الفرض ويجب عليه قضاؤه في الحضر وحكى عن أبي هريرة وأبي داود والإمامية، انظر نيل الأوطار (٤/ ٢٢٤)، انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١/ ٢٩٥)، انظر المحلى لابن حزم (٦/ ٢٤٣).

(٥) قال الإمام النووي: واعلم أن للمسافر الصوم والفطر ثم إن كان لا يتضرر بالصوم، فهو أفضل وإلا فالفطر أفضل، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٧٠)، المهذب (١/ ١٧٨).

فصل

إذا أقام[١] المسافر فى أضعاف سفره بموضع عازمًا على الإقامة أربعة أيام لزمه الصوم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يلزمه ذلك إلا إذا نوى إقامة خمسة عشر يومًا[٢]، لقوله ﷺ: «يمكث المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثًا»[٣]، فجعل إقامة الثلاث فى حكم السفر، فكان الاعتبار بزيادة عليها وأقل ذلك ما يتعلق به حكم الصيام، وهو يوم وهو أقل ما يستغرقه من الزمان.

فصل

وإن دخل فى بعض يوم، قال ابن القاسم: ألغاه، وحسب من غده، وقال غيره: يراعى إقامة عشرين صلاة من وقت عزمه على الإقامة، فلابن القاسم أن العبادة المتعلقة بعدد أيام تحسب قبل طلوع الفجر، ويلغى ما كان بعد طلوعه كالعدة بالشهور والأسبوع فى العقيقة، ولغيره أن الاعتبار بالأربعة أيام جميعها لعشرين صلاة وتلفيقها يوجد فيها هذا المعنى، فكان بمنزلة كمالها.

فصل

ومن تطوع بالصوم لزمه إتمامه إذا كان حاضرًا ولم يجز له الخروج منه إلا لعذر، فإن أفطر لغير عذر لزمه القضاء خلافًا للشافعى[٤] لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]، ولأنه عبادة مقصودة لنفسها كالحج والعمرة، فأما القضاء فلما روى: أن عائشة وحفصة رضى الله عنهما[٥] أصبحتا صائمتين متطوعتين فأهدى لهما طعام فأفطرتا عليه، فقال ﷺ: «اقضيا يومًا مكانه»[٦].

---

(١) ثبت فى (أ) قام.

(٢) وهذا لأن أقل مدة الإقامة عند الإمام أبى حنيفة خمسة عشر يومًا. انظر بدائع الصنائع (١/ ٩٧).

(٣) أخرجه البخارى: مناقب الأنصار (٧/ ٣١٣) ح (٣٩٣٣)، بلفظ «ثلاث للمهاجر بعد الصدر»، ومسلم: الحج (٢/ ٩٨٦) ح (٤٤٤/ ١٣٥٢).

(٤) ولكنه يستحب أن يقضى فى حالة إفطاره فى صيام التطوع، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٨٦)، المهذب (١/ ١٨٨).

(٥) رضى الله عنهما سقطت من (أ).

(٦) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/ ٣٤٢) ح (٢٤٥٧)، والترمذى: الصوم (٣/ ١٠٣) ح (٧٣٥)، ومالك فى الموطأ: الصيام (١/ ٣٠٦) ح (٥٠).

وإن أفطره من عذر لمرض أو عطش أو شدة جوع أو إكراه أو سهو أو خطأ وقت فلا قضـاء عليه لأنه التزمـه مع القدرة على إتمامـه، فإذا قطعه عليـه قاطع بغيـر صنعه ولا اختياره فلا شيء عليه.

فصل

إذا تطوع فى السفر أو صام فى الحضر ثم سافر فى بقية يومه، فأفطر ففيها روايتان: إحداهما: وجوب القـضاء عليه والأخرى: سقوطه، فوجـه الأولى أنه أفطر مختاراً مع إمكان الإتمام كالحاضر، ووجه الثانية أن كل معنى جاز معه الإفطار فى رمضان سقط به القضاء فى التطوع، أصله: المرض.

فصل

إذا نذر يومًا معينًا فمرضه فلا قضاء عليـه لأنه التزم صومًا عينه، فإذا فات فلا قضاء عليه لأن صـومه مع فـواته غير ممكن، وكـذلك إذا حاضت فـإن أفطر متعـمداً فـعليه قضاؤه، ولأنه مستحق عليه، فإذا تركه استحق البدل عليه اعتباراً برمضان، والسفر ليس بعذر اعتباراً بقطع التتابع، وقيل: فى المرض يقضى والأول أصح.

فصل

إذا حاضت فى صيـام الشهرين أو أكل ناسيًا أو مخطئًا للوقت لـم يقطع تتابعه لأنه أمـر غالب كـالحيض، وإنما قلـنا: إن الحيض لا يقطعـه لأنه لا يكون لهـا سبـيل إلى الخلاص منه، وإن مـرض فأفطر لم يقطع التتـابع (خلافًا للشافـعى لأنه عذر لا يمكنه دفعه كالحيض)[١]، وإن سافر فأفطره انقطع تتابعه[٢] لأنه يقدر معه على الصوم فلم يكن عذراً فى قطع التتابع.

فصل

ومن أفطر فى رمضان بعـذره ثم زال عذره فى بقية يومـه فذلك على ضربين[٣]: إن

(١) عند الشافعية: الفطر بعذر المرض يقطع التتابع على الأظهر وهو الجديد لأنه ينافى الصوم، انظر روضة الطالبين (٨/ ٣٠٢)، انظر مغنى المحتاج (٣/ ٣٦٥).

(٢) ثبت فى (ب) التتابع.

(٣) ثبت فى (ب) وجهين.

كان عذره يبيح[(١)] الفطر مع العلم بأن اليوم من رمضان لم يلزمه إتمام الإمساك كالحائض والمريض والمسافر إذا زالت أعذارهم فى بقية يومهم، وإن كان عذراً يسوغ الفطر معه بشرط عدم العلم بأن الوقت مستحق صومه، فإن زوال العذر موجب للإمساك، وذلك كخطأ العدة والوقت بالإفطار قبل الغروب أو بالسحر بعد الطلوع مع الاجتهاد والظن لبقاء الليل وخروج النهار والأكل سهواً وما أشبه[(٢)] ذلك.

فصل

سرد الصوم[(٣)] جائز إذا أفطر الأيام المنهى عن صيامها[(٤)] لقوله تعالى: ﴿فمن تطوع خيراً فهو خير له﴾ [البقرة:١٨٤]، وقوله ﷺ: «يقول الله عز وجل: كل عمل ابن آدم له إلا الصوم، فإنه لى وأنا أجزى به»[(٥)]، ولأن جماعة من الصحابة قد فعلوا ذلك[(٦)]، ولأنه من عبادات الأبدان المبتدأة فجاز سرده فى أوقات جوازه كالصلاة والله أعلم.

[تم كتاب الصيام يتلوه كتاب الاعتكاف][(٧)]

---

(١) يبيح مطموس فى (أ) و (ب).

(٢) ثبت فى (ب) وما أشبهه.

(٣) أى: صيام الدهر

(٤) انظر الكافى (١/ ٣٥٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١/ ٣١٠).

(٥) أخرجه البخارى: الصوم (٤/ ١٤١) ح (١٩٠٤) ومسلم: الصيام (٢/ ٨٠٦) ح (١٦١/ ١١٥١).

(٦) وقد ورد أن ممن فعلوا ذلك عمر وابنه عبد الله وأبو طلحة وعائشة، انظر البيهقى (٤/ ٤٩٥، ٤٩٦).

(٧) سقط ما بين القوسين من (ب).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [١]

٦
كتاب الاعتكاف

الأصل[٢] فى جوازه قوله تعالى: ﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد﴾ [البقرة:١٨٧]، وقوله ﷺ لعمر رضى الله عنه وقال له: إنى نذرت فى الجاهلية أن أعتكف: «أوف بنذرك»[٣]، ولأنه فعله هو[٤] والسلف بعده والإجماع على ذلك[٥].

فصل

والاعتكاف الشرعى هو المقام فى المسجد مع الصوم والنية[٦]، وإنما قلنا: إنه المقام فى المسجد لأن الاعتكاف هو الملازمة والعكوف والثبوت واللزوم، ومنه قوله تعالى: ﴿التى

---

(١) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٢) الأصل له معنيان معنى فى اللغة ومعنى فى الاصطلاح.

فأما معناه اللغوى فاختلفوا فيه على عبارات: أحدها: ما ينبنى عليه غيره. ثانيهما: المحتاج إليه. ثالثهما: ما يستند تحقق الشيء إليه. رابعهما: ما منه الشيء. خامسًا: منشأ الشيء.

وأما فى الاصطلاح فله أربعة معان:

١ ـ الدليل. ٢ ـ الرجحان. ٣ ـ القاعده المستمرة. ٤ ـ الصورة المقيس عليها.

انظر نهاية السول للأسنوى (١/٧)، والمراد بالأصل هنا أى: الدليل.

(٣) أخرجه البخارى: الاعتكاف (٤/٣٣٣) ح (٢٠٤٣)، ومسلم: الأيمان (٣/١٢٧٧) ح (٢٧/١٦٥٦).

(٤) أخرجه البخارى: الاعتكاف (٤/٣١٨) ح (٢٠٢٥)، ومسلم: الاعتكاف (٢/٨٣٠) ح (١/١١٧١).

(٥) انظر الإجماع لابن المنذر (٤٧)، المغنى (٣/١١٨).

(٦) الاعتكاف فى اللغه: اللزوم والحبس، انظر القاموس المحيط (٣/١٧٧).

وعرفه ابن عرفة بأنه: لزوم مسجد مباح لقربة قاصرة بصوم معزوم على دوامه يومًا وليلة، سوى وقت خروجه لجمعة أو لمعينه الممنوع فيه). انظر حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/١٦٢).

أنتم لها عاكفون﴾ [الأنبياء:٥٢] أى: ملازمون لعبادتها.

فصل

وإنما قلنا: إن من شرطه المسجد لقوله تعالى: ﴿وأنتم عاكفون فى المساجد﴾ [البقرة:١٨٧]، فدل على أن المسجد من شرطه، وإلا لم يكن لتخصيصه من سائر الأماكن مع النهى عن المباشرة فى جميعه معنى، ولأنه ﷺ اعتكف فى المسجد ولم يعتكف فى غيره[١]، ولأنه إجماع[٢].

فصل

وإنما قلنا: إن المرأة والرجل فيه سواء خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن المرأة تعتكف فى مسجد بيتها[٣]، للظاهر وهو عام، ولأنه شخص معتكف كالرجل ولأن كل شرط للاعتكاف لزم الرجل لزم فى حق المرأة كالصوم.

فصل

وإنما قلنا: إن النية من شرطه لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[٤]، ولأنها عبادة متقرب بها والقربة لابد لها من نية.

فصل

ولا يجوز له الخروج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو لأمر يضطره[٥] إلى الخروج من حاجته إلى شراء طعامه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأنتم عاكفون فى المساجد﴾ [البقرة:١٨٧]، وروى: «أنه ﷺ كان إذا اعتكف لا يخرج إلا لحاجة الإنسان»[٦]، ولأن

---

(١) أخرجه البخارى: الاعتكاف (٤/ ٣٢٠) ح (٢٠٢٩) ومسلم: الحيض (١/ ٢٤٤) ح (٦/ ٢٩٧).

(٢) قال ابن قدامة: لا نعلم فيه خلافًا، انظر المغنى لابن قدامة (٣/ ١٢٣)، الشرح الكبير لابن أبى عمر (٣/ ١٢٣).

(٣) وعللوا لذلك بأنه هو الموضع لصلاتهما فيتحقق انتظارها فيه ولو لم يكن لها فى البيت مسجد تجعل موضعًا فيه فتعتكف فيه، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٤٣)، الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٨٠).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (أ) يضره.

(٦) تقدم تخريجه.

الحاجة لا بد من الخروج لها، فكانت بخلاف غيره، وكذلك شراء الطعام.

ولا يجوز له الخروج لعيادة مريض ولا لصلاة على جنازة ولا لتشاغل بشيء من أموره سوى ما ذكرناه، لأنه ﷺ لم يكن يفعل ذلك ولأن المسجد من شرطه فلم يجز له مفارقته كالصيام.

فصل

ولا يجوز له أن يشترط في الاعتكاف جواز الخروج منه لضرورة إن نزلت به سوى ما ذكرناه خلافًا للشافعي[1]، لأنه شرط ما ينافي موجب الاعتكاف كما لو شرط ترك الصوم، ولأنها عبادة اشترط فيها خلاف موجب عقدها المطلق ونقيضه، فلم يصح كالصلاة والصيام.

فصل

وإنما قلنا: إن الصيام من شرطه، خلافًا للشافعي[2]، لقوله تعالى: **﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم...﴾** إلى قوله: **﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾** [البقرة:١٨٧]، فنهى عن المباشرة في الاعتكاف وقصر المخاطبة به على الصائمين، فدل على كون الصيام شرطًا فيه، ولأنه ﷺ اعتكف صائمًا[3] فكان ذلك بيانًا له، وقوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «أوف بنذرك وصم»[4]، ولأنه لبث في مكان مخصوص، فلم يكن قربة إلا بانضمام معنى آخر إليه وهو قربة في نفسه كالوقوف بعرفة.

فصل

وأقل ما يصح الاعتكاف في يوم واحد لأن الصيام لا يمكن في أقل منه، وكل عبادة

(١) قال الإمام النووي: إذا نذر اعتكافًا متتابعًا وشرط الخروج إن عرض عارض صح شرطه على المذهب وبه قطع الجمهور، انظر روضة الطالبين (٢/ ٤٠٢)، مغني المحتاج (١/ ٤٥٧).

(٢) هذا هو المذهب والمشهور عند الشافعية، انظر روضة الطالبين (٢/ ٣٩٣)، انظر مغني المحتاج (١/ ٤٥٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه أبو داود: الصوم (٢/ ٣٤٧) ح (٢٤٧٤) بلفظ «اعتكف وصم»، انظر نصب الراية (٢/ ٤٨٧)، وتقدم تخريجه بلفظ «أوف بنذرك» عند البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

شرط فيها زمان فأقله ما يستغرقه وقته كالصلاة، والاختيار أن لا ينقص من عشرة أيام[1] لأنه ﷺ لم ينقص منها.

فصل

وليس من شرط الاعتكاف أن يصوم للاعتكاف إلا أن يجعله شرطًا[2] لأنه ﷺ اعتكف في رمضان، وهو واجب لغير الاعتكاف، ولأن من حقه ألا يكون إلا في الصوم سواء كان له أو لغيره كما أن الصلاة لا تكون إلا بطهارة من الحدث لها أو لغيرها.

فصل

والاعتكاف جائز في المسجد لعموم قوله تعالى: ﴿وأنتم عاكفون في المساجد﴾ [البقرة:١٨٧]، فإن كان أيامًا تتخللها الجمعة لم يجز له الاعتكاف إلا في الجامع لا لأجل أن الاعتكاف لا يصح في غيره من المساجد، لكن لأنه[3] لا بد له من الخروج إلى المسجد فيبطل اعتكافه أو يتركه[4]، وذلك غير جائز لأنها أولى من الاعتكاف فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وإذا[5] خرج إلى الجمعة بطل اعتكافه عند مالك رحمه الله[6]، وقال عبد الملك: لا يبطل[7]، فوجه قول مالك: أنه خرج من المسجد مختارًا فيما كان يمكنه ألا يخرج

---

(١) قال ابن عبد البر: وأقل مدة الاعتكاف يوم وليلة والاختيار عند مالك أن لا يعتكف أحد أقل من عشرة أيام، انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٥٢)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ٥٤٦).

(٢) مذهب المالكية وأهل المدينة أنه لا يصح الاعتكاف إلا بصوم، انظر الكافي (١/ ٣٥٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ٥٤٢).

(٣) سقطت (لأنه) من (ب).

(٤) ثبت في (ب): تركها.

(٥) ثبت في (ب) فإن

(٦) انظر الكافي (١/ ٣٥٣)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ٥٤٣).

(٧) انظر الكافي (١/ ٣٥٣).

فأشبه[1] خروجه لعيادة مريض، ووجه قول عبد الملك: أن الجمعة أمر يضطره إلى الخروج لا يجوز له الإقامة فى المسجد معه كحاجة الإنسان.

فصل

ويستحب لمن يريد الاعتكاف أن يدخل إلى معتكفه قبل غروب الشمس من أول ليلة من اعتكافه ليستوى فى اليوم بليلته، فإن دخل بعد غروب الشمس وقبل طلوع الفجر فى وقت ينوى فيه الصوم أجزاه لأن الليل كله وقت لنية الصيام، فأى وقت نوى فيه أجزاه.

فصل

ويستحب لمن اعتكف آخر رمضان أن لا ينصرف إلى بيته حتى يشهد العيد مع المسلمين لأن رسول الله ﷺ كذلك كان يفعل[2]، ولأنه إذا رجع إلى أهله لم يترفه بالعذر الذى يحصل عندهم إلى وقت خروجه لصلاة العيد، فإن لم يفعل جاز إذا انصرف بعد غروب الشمس لزوال مدة الاعتكاف.

فصل

وللمعتكف أن يعقد النكاح لنفسه ولغيره[3]، والفرق بينه وبين الإحرام أن الطيب ممنوع فى الإحرام وهو من دواعى الوطء، فكان النكاح أولى بالمنع وليس كذلك الاعتكاف.

فصل

وإذا مرض المعتكف خرج من المسجد، فإن عجز[4] عن الصوم، فله الفطر ويبطل اعتكافه، لأن المرض عذر يبيح الفطر والخروج من المسجد لأن إقامته فى المسجد تضر به

---

(١) ثبت فى (ب) فأمكن.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: الاعتكاف (١/٣١٥) ح (٦)، عن مالك: أنه رأى بعض أهل العلم، إذا اعتكفوا العشر الأواخر من رمضان لا يرجعون إلى أهاليهم، حتى يشهدوا الفطر مع الناس».

(٣) قال مالك: لا بأس بنكاح المعتكف نكاح الملك ما لم يكن المسيس، والمرأة المعتكفة أيضًا تنكح نكاح الخطبة ما لم يكن المسيس، انظر الموطأ (١/٣١٨)، الكافى (١/٣٥٤).

(٤) ثبت فى (ب) : ضعف.

لحاجته إلى العلاج وغيره مما لا يجوز فى المسجد.

وكذلك الحائض تـخرج من المسجد ويبطل اعـتكافها[1]، فأما خروجـها من المسجد فلأن الحيض يمنـع الإقامة فيه، وأمـا بطلان الاعتكاف فلأن من شرطه الصـيام على ما بيناه والحيض ينافـيه، وإذا صح المريض وطهرت الحـائض، وقد بقى عليهـما شىء من اعتكافهما يوم فما زاد عادا فتمماه وصاما فيه ووصلاه بما قبل المرض والحيض، ولم يجز لهما تأخيره فإن أخراه ابتدءا الاعتكاف.

فصل

الاعتكاف يقتـضى بإطلاقه التتابع، فمن نذر أن يعتكف عـشرة أيام نذراً مطلقًا لزمه أن يتابعهما، والأصل فيه أنها عـبادة واجبة، وهى على الفور ومنع التراخى إلا أن يقوم دليل، ولأن الاعتكاف لما كان ليلاً ونهاراً، وكان حكم ليله كحكم نهاره فى الامتناع من الوطء والمباشـرة وسائر الأفـعال المنافـية للاعتكـاف كان حكم الأيام العدة حـكم اليوم الواحد.

فصل

ومن قطع اعتكافه مرض أو حيض لزمه قـضاء ما ترك الاعتكاف فيه[2]، وإن كانت أيامًا معينة بخلاف الصوم المعين اعتباراً بالحـج والعمرة، ولأنها عبادة لها تعلق بالمسجد تحرم فيه المباشرة فصح قضاؤهما.

فصل

ومن أجزنا له الخـروج من المسجد إما لمرض أو لحـيض أو لحاجة الإنسان، فـهو فى حكم من هو فى المسجـد فلا يجوز له أن يفعل ما كـان ممنوعًا منه فى الاعتكاف مما لا يقتضيه عذره، فمتى فعل ذلك أفسـد الاعتكاف واستأنفه، وكذلك فى اجتناب ما يجنبه فى النهار.

فصل

ولا يجوز للمعتكف أن يطأ ولا يُقَبِّل ولا يباشـر ليلاً ولا نهاراً، فإن فعل ذلك بطل

(١) انظر الكافى (١/ ٣٥٤)، المدونة (١/ ١٩٦).

(٢) انظر الكافى (١/ ٣٥٣) انظر المدونة (١/ ٢٠٠).

اعتكافه[1]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد﴾ [البقرة:١٨٧]، ولأنها عبادة من شرطها التتابع لم تجب بدلاً عن إتلاف نفس ولا هتك حرمة فأفسدها الجماع كالحج وصوم الظهار وما عدا الجماع من الاستمتاع معتبر به.

ويفسده أيضًا ركوب شىء من الكبائر كشرب الخمر والزنا واللواط والالتذاذ بما دونه، لأن الاعتكاف هو نهاية الطاعة والمبالغة لذلك حتى أنه يكره فيه التشاغل عن التعبد بتدريس العلم أو المشى لصلاة على الجنازة[2] إلى غير موضعه من المسجد لئلا يقطع ذلك العذر من الوقت بغير ما قصد له من العبادة وركوب الكبائر ينافى هذا، وما ضاد العبادة أفسدها والله أعلم.

(تم كتاب الاعتكاف والحمد لله)

* * *

(١) انظر المدونة (١/ ١٩٧) الكافى (١/ ٣٥٤).

(٢) انظر الكافى (١/ ٣٥٤)، المدونة (١/ ١٩٨، ١٩٩).

٧
[كتاب المناسك[1]][2]

بسم الله الرحمن الرحيم[3]: الحج[4] فرض على مستطيعه من أحرار المكلفين لقوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾ [آل عمران:٩٧]، وقوله: ﴿ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين﴾ [آل عمران:٩٧]، قيل: معناه من لم ير الحج واجبًا، وقوله: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ [البقرة:١٩٦]، وقوله: ﴿وأذن فى الناس بالحج يأتوك رجالاً﴾ [الحج:٢٧]، وقوله ﷺ: «بنى الإسلام على خمس...» فذكر: «الحج»[5]، وقوله للذى يسأله عن الإسلام: «وحج البيت»[6]، وقوله: «حجوا قبل أن لا تحجوا»[7]، وقوله: «إن الله فرض عليكم الحج»[8]، ولإجماع الأمة عليه من غير خلاف[9].

فصل

ووجوبه مرة فى العمر غير متكرر[10] لقوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ [آل عمران:٩٧]، وذلك يفيد أقل ما يتناوله الاسم، وروى أنه ﷺ سئل عند نزول هذه الآية

---

(١) النسك: العبادة وكل حق لله تعالى، انظر القاموس المحيط (٣/ ٣٢١).

(٢) ثبت فى (ب) كتاب المناسك فى الحج.

(٣) بسم الله الرحمن الرحيم سقطت من (ب).

(٤) الحج لغة: القصد، انظر القاموس المحيط (١/ ١٨٢)، الحج شرعًا: عبادة يلزمها الوقوف بعرفة ليلة عاشر ذى الحجة، انظر حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (١/ ١٦٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/ ٥٥٦) ح (٨٦٩٨)، والدارقطنى: سننه (٢/ ٣٠١ - ٣٠٢) ح (٢٩٤).

(٨) أخرجه مسلم: الحج (٢/ ٩٧٥) ح (٤١٢/ ١٣٣٧)، والنسائى: المناسك (٥/ ٨٣) (باب: وجوب الحج)، وأحمد: المسند (٢/ ٦٦٩) ح (١٠٦١٨).

(٩) الإجماع لابن المنذر (٤٨) المغنى لابن قدامة (٣/ ١٦٠) الشرح الكبير لابن أبى عمر (٣/ ١٦٠).

(١٠) انظر الكافى (١/ ٣٥٧).

فقيل: الحج كل عام فقال: «الحج مرة، ولو قلت: نعم لوجبت»[١].

فصل

شروط وجوبه وأدائه ستة[٢]: وهى البلوغ والعقل والحرية والإسلام والاستطاعة وإمكان المسير، فأما العقل والبلوغ، فلقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة فذكر: الصبى حتى يبلغ، والمغلوب حتى يفيق»[٣] ولأنه من عبادات الأبدان كالصلاة والصوم.

فصل

وأما الحرية فلقوله ﷺ: «أيما عبد حج ثم أعتق[٤] فعليه أن يحج»[٥]، ولأن العبد منافعه مملوكة عليه فلا يستحق على السيد منها إلا قدر ما ورد به الشرع.

فصل

وأما الإسلام فإن قلنا: إن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة مع الإقامة على كفرهم بشرط أن يسلموا فيفعلوا كان الإسلام شرطًا فى الأداء وإن قلنا: إن الوجوب لا يتوجه عليهم إلا بعد إسلامهم[٦] كان شرطًا فى الوجوب.

فصل

وأما إمكان المسير، فمن أحكام الاستطاعة[٧]، وهو مختلف باختلاف عادات الناس فى الأوقات، فإن كان فى الطريق عدو قد تحقق طلبه للنفوس والغرات والقطع لا يكاد ينفع معه بذل مال إلا ما يشق ويعظم أو لا يؤمن غدره لتكرر ذلك منه، فإن الحج يسقط[٨] معه لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [البقرة:١٩٥]، وقوله:

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر مقدمات ابن رشد بهامش المدونة (١/٢٠٤)، انظر الشرح الكبير (٢/٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب) عتق.

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٤/٥٣٣) ح (٨٦١٣)، انظر نصب الراية (٣/٦).

(٦) ثبت فى (ب) الإسلام.

(٧) سقطت (الاستطاعة) من (م).

(٨) قال الشيخ الدسوقى: والحاصل أن الظالم إن أخذ كثيرًا كان ينكث أولاً أو أخذ قليلاً وكان ينكث كان أخذه مسقطًا للحج اتفاقًا وأما إن أخذ قليلاً وكان ينكث ففيه القولان، انظر حاشية =

﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾ [النساء:٢٩]، ولأن المحصور بعدو له أن يتحلل من الإحرام بالحج، فكان بأن لا يلزمه قبل الدخول فيه أولى، وهل ذلك مانع من الوجوب أو الأداء محتمل، والأقوى أن يكون مانعًا من الأداء.

وأما إن علم من حال العدو أنه يطلب شيئًا من المال لا يجحف بالناس ولا يشق ولا يؤثر قدره، وأنه إذا بذل له مكّن الناس من الحج ولم يغدر بهم، فإن الحج يلزم معه خلافًا لمن منع ذلك من أصحابنا، لأن ما يبذل له حينئذ يجرى مجرى بعض النفقات والمؤن والضرائب التى لا يسقط معها فرض الحج ولا يؤثر فى ذلك كونه جورًا وظلمًا.

فصل

فأما الاستطاعة فإنها شرط فى الوجوب لقوله تعالى: ﴿من استطاع إليه سبيلاً﴾ [آل عمران:٩٧]، وهى عندنا القدرة على الوصول إلى البيت، وفعل المناسك بكل ما أمكن ذلك معه من قوة ومشى ومال، ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس وقدرهم، فمن كانت عادته المشى وسلوك الطريق بنفسه من غير حاجة إلى راحلة لزمه الحج إذا وجد الزاد ولم يقف وجوبه على وجود الراحلة، فإن كانت عادته المسألة واستماحة الناس لزمه الحج، وإن عدم الزاد فى الحال جرى على عادته فى التماسه، وإن كان ممن لا يسأل ولا يقدر على الوصول إلى البيت إلا براحلة لم يلزمه الحج إلا بوجودها، وكل هذا خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2] فى قولهم: إن الاستطاعة: الزاد والراحلة بمجموعهما، لأن الله تعالى قال: ﴿من استطاع إليه سبيلاً﴾ [آل عمران:٩٧] فعم، والمال والقدر بالبدن[3] تحصل بهما الاستطاعة، يقال: فلان مستطيع بماله وبنفسه، ولأنه قادر على الحج من غير خروج من عادة، ولا بد له كالواجد للراحلة، واعتبارًا بأهل الحرم بعلة تمكنه من الوصول إلى البيت، وفعل المناسك من غير مشقة فادحة، والحديث بيان لمن كانت استطاعته الزاد والراحلة وهو غالب الناس، وأن السائل سائل عن حال نفسه.

= الدسوقى (٦/٢)، انظر مقدمات ابن رشد بهامش المدونة (٤٠٢/١, ٤٠٣).

(١) الراحلة: أن يكترى شق محمل أو زاملة دون عقبة الليل والنهار لأنه لا يكون قادرًا إلا بالمشى فلم يكن قادرًا على الراحلة، انظر الاختيار لتعليل المختار (١٨٤/١) الهداية للمرغينانى (١٤٦/١).

(٢) انظر روضة الطالبين (٤/٣، ٥) المهذب (١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨).

(٣) والقدر بالبدن سقطت من (ب).

فصل

والمعضوب[١] الذى لا يستمسك على الراحلة غير مستطيع للحج ولا يلزمه أن يحج عنه غيره من ماله، خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لقوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾ [آل عمران:٩٧]، معناه: أن يحجوا البيت، فأخبر عن صفة التكليف وهو أن يفعله بنفسه فانتفى بذلك وجوبه على خلاف هذه الصفة، ولأن كل عبادة على البدن لم تدخلها النية مع القدرة لم تدخلها مع العجز كالصلاة، ولأن كل عبادة تعلق فرضها بالبدن مع القدرة لم تنتقل إلى غيره مع العجز كالصلاة والصوم.

فصل

وإذا وجدت المرأة صحبة مأمونة لزمها الحج وليس المحرم من الاستطاعة خلافًا لأبى حنيفة[٤]، لأنه سفر مفروض كالهجرة، ولأن وجود من تأمنه وتسكن إليه من النساء يقوم مقام المحرم.

---

(١) قال الفيروزآبادى: والمعضوب الضعيف والزمن لا حراك به والأعضب من لا ناصر له والقصير اليد، انظر القاموس المحيط (١/ ١٠٥).

(٢) ذكر الشيخ الكاسانى ثلاثة روايات:

الأولى: أنه لا حج عليه بنفسه وإن وجد زادًا وراحلة وقائدًا وإنما يجب فى ماله إذا كان له مال.

الثانية: روى الحسن عن أبى حنيفة فى الأعمى والمقعد والزمن أن عليهم الحج بأنفسهم.

الثالثة: قال أبو يوسف ومحمد: يجب على الأعمى الحج بنفسه إذا وجد زادًا وراحلة ومن يكفيه مؤنة سفره فى خدمته ولا يجب على الزمن والمقعد والمقطوع. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢/ ١٢١).

(٣) قال الشيخ النووى: وأما المعضوب: فتلزمه الاستنابة فى الجملة سواء طرأ العضب بعد الوجوب أو بلغ معضوبًا واجدًا للمال، ثم لوجوب الاستنابة عليه طريقان: أحدهما: أن يجد مالاً يستأجر به من يحج عنه، وشرطه أن يكون فاضلاً عن حاجتهم وكسوتهم يوم الاستئجار، انظر روضة الطالبين (٣/ ١٤، ١٥)، مغنى المحتاج (١/ ٤٦٩).

(٤) فمذهب الأحناف أنه لا يجوز للمرأة الحج إلا ومعها محرم: أى كل من لا يحل له نكاحها على التأبيد لقرابة أو رضاع أو صهرية، انظر الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٨٤)، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٤٦).

فصل

والعمرة[١] سنة مؤكدة وليست بفريضة خلافًا للشافعي[٢]، لقوله ﷺ وسئل عن الحج أفريضة هو؟ فقال: «نعم»، قيل: والعمرة؟ قال: «لا ولأن تعتمر خير لك»[٣]، وقوله: «الحج جهاد والعمرة تطوع»[٤]، وقوله: «من مشى إلى مكتوبه فهى كحجة، ومن مشى إلى تطوع فهى كعمرة تامة»[٥]، ولأنه نسك ليس له وقت معين فلم يكن فرضًا، أصله: طواف القدوم، ولأن فرائض الأبدان المتعلقة بمكان مخصوص يتعلق بزمان معين، فلما لم يكن للعمرة زمن معين انتفى بذلك كونها فرضًا.

فصل

وإنما قلنا: إنها سنة لقوله ﷺ: «والعمرة تطوع ولأن تعتمر خير لك»[٦]، وقوله للأقرع، وقد سأله: أعمرتنا هذه لعامنا أم للأبد؟ فقال: «للأبد»[٧]، ولأنه ﷺ اعتمر وأصحابه وأزواجه[٨]، وسنتها مرة فى العمر للحديث الذى رويناه، ولأن مشقتها كمشقة الحج فكانت فى حكمه.

---

(١) العمرة لغة: الزيادة، انظر القاموس المحيط (٢/ ٩٥).

(٢) عبادة يلزمها طواف وسعى فى إحرام جمع فيه بين حل وحرم، انظر شرح الرصاع لحدود ابن عرفة (١/ ١٨٠).

(٢) على الأظهر الجديد أما القديم فهى سنة، انظر مختصر المزنى (٢/ ٤٨) الأم (٢/ ١١٣)، انظر روضة الطالبين (٣/ ١٧).

(٣) أخرجه الترمذى: الحج (٣/ ٢٦١) ح (٩٣١) بنحوه وقال: حسن صحيح، وأحمد: المسند (٣/ ٣٨٨) ح (١٤٤١٠) ولفظه له، انظر نصب الراية (٣/ ١٥٠).

(٤) أخرجه ابن ماجه: المناسك (٢/ ٩٩٥) ح (٢٩٨٩) فى الزوائد: فى إسناده ابن قيس المعروف بمندل، ضعفه أحمد وابن معين وغيرهم، والحسن أيضًا ضعيف، انظر نصب الراية (٣/ ١٤٩).

(٥) أخرجه أبو داود: الصلاة (١/ ١٥٠) ح (٥٥٨)، وأحمد: المسند (٥/ ٣١٦) ح (٢٢٣٦٧)، والطبرانى فى الكبير (٨/ ١٢٧)، ح (٧٥٧٨) ونصب الراية (٣/ ١٥١).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه أبو داود: الحج (٢/ ١٤٣) ح (١٧٢١)، والنسائى: المناسك (٥/ ٨٣) (باب: وجوب الحج)، وابن ماجه: المناسك (٢/ ٩٦٣) ح (٢٨٨٦)، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٢٣٣، ٢٣٤) ح (١).

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

ومن مات قبل أن يحج لم يلزم الحج عنه من رأس ماله ولا من ثلثه إلا أن يوصى بذلك، فيكون فى ثلثه، وقال الشافعى: يلزم الحج عنه من رأس ماله وصى بذلك أم لم يوص[1]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ [آل عمران: ٩٧]، معناه: أن يحجوا، وذلك ممتنع بعد الموت، وقوله ﷺ: «من مات ولم يحج فليمت إن شاء يهوديًا أو نصرانيًا»[2]، فلو لزم الحج عنه من ماله لم يغلظ هذا التغليظ، ولأنها عبادة على البدن فلم يلزم أداؤها عنه فى المال كالصلاة، ولأنها عبادة تدخلها الكفارات[3] فلم تلزم بعد الموت، أصله: الصيام[4].

فصل

يكره أن يحج عن غيره قبل أن يحج عن نفسه، لأن الفرض أولى من النيابة عن الغير، كما يكره أن يتطوع بأداء الزكاة عن غيره قبل أن يخرج الزكاة عن نفسه، ولقوله ﷺ للذى سمعه يحرم عن غيره: «حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة»[5].

فصل

فإن أحرم عن غيره كان عن من أحرم عنه، ثم يحج بعد ذلك عن نفسه خلافًا للشافعى فى قوله: إنها تنقلب عنه فتكون له دون من أحرم عنه[6]، لقوله ﷺ: أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك[7]؟، قالت: نعم[8]، ولم يشترط أن

(١) انظر الأم (٢/١٠٧)، مغنى المحتاج (١/٤٦٩).

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر وقال: هذا الحديث ذكره ابن الجوزى فى الموضوعات، وقال العقيلى، والدارقطنى: لا يصح فيه شىء، انظر تلخيص الحبير (٢/٢٣٦) ح (٦).

(٣) ثبت فى (ب) الكفارة.

(٤) ثبت فى (ب) كالصيام.

(٥) أخرجه أبو داود: المناسك (٢/١٦٧) ح (١٨١١)، وابن ماجه: المناسك (٢/٩٦٩) ح (٣-٢٩)، انظر نصب الراية (٣/١٥٤ ـ ١٥٥).

(٦) انظر الأم (٢/١٠٥) المهذب (١/١٩٩).

(٧) ذلك سقطت من (ب).

(٨) أخرجه البخارى: الصيد (٤/٧٩) ح (١٨٥٤)، ومسلم: الحج (٢/٩٧٣) ح (٤٠٧/١٣٣٤) بمعناه.

تكون قد حجت عن نفسها.

ولأن كل فعل صحت النيابة فيه بعد سقوطه عن النائب صحت مع بقائه عليه، أصله: قضاء[1] الدين، ولأنه قصد الحج عن غيره فصح ذلك، أصله: إذا صح عن نفسه، ولأن بقاء الفرض عليه لا يمنعه أن يفعله ما ليس بفرض، أصله: إذا صام تطوعًا وعليه قضاء رمضان، ولأنه من أهل الإحرام فى الجملة، فإذا قصد بالإحرام أن يكون عن غيره فلم ينقلب عن نفسه، أصله: إذا كان قد حج، ولأنه أحرم ينوى به عن شخص فوجب أن يكون عمن نواه، أصله: إذا نواه عن نفسه، ولأن كل إحرام انعقد على صفة لم ينقلب إلى غيرها، أصله: إذا عقده عن نفسه على صفة لم ينقلب إلى غيرها.

فصل

يكره أن يتطوع بالحج قبل أداء الفرض، فإن فعل كان على ما نواه ولم ينقلب عن فرضه خلافًا للشافعى[2]، وإنما كرهناه لأن أداء الفرض أولى من التطوع كما لو تطوع بالصلاة قبل الفرض مع ضيق الوقت، وإنما قلنا: إنها لا تنقلب فرضًا لأنها عبادة نوى بها التطوع فلم تنقلب فرضًا كالصلاة والصوم.

فصل

تصح الإجارة على الحج خلافًا لأبى حنيفة[3] لأنها عبادة تتعلق بالمال يصح النيابة به فيها فصح أخذ الأجرة كأداء الزكاة[4] وتفريقها، ولأنه لما صحت النيابة فيها بغير أجر جازت بأجر كالكفارات والنذور قياسًا على أخذ الأجرة[5] على القضاء وبناء المساجد والقناطر.

---

(١) ثبت فى (ب) إذا قضى.

(٢) قال المزى: ولو أحرم متطوعًا وعليه حج كان فرضه أو عمرة كانت فرضه، انظر مختصر المزنى بهامش الأم (٢/ ٤٤).

قال الشيرازى: وإن أحرم عن النذر وعليه فرض الإسلام انعقد إحرامه عن فرض الإسلام، انظر المهذب (١/ ٢٠٠).

(٣) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٧٤)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٦٩).

(٤) الزكاة: سقطت من (ا)، (ب) وأثبتناها من (م).

(٥) ثبت فى (ا) الإجارة.

فصل

والحج على الفور لا يجوز تأخيره للقادر عليه إلا من عذر، وقال الشافعى: هو على التراخى[١]، فإن شاء فعله، وإن شاء تركه طول عمره بشرط العزم على أدائه من غير وقت معين ولا إثم عليه إن مات ولم يفعله، فينتقل الكلام إلى الأصل فى الأوامر المطلقة هل هى على الفور أم التراخى[٢]؟.

ودليلنا أنها على الفور أن الأمر اقتضى إيقاع الفعل، وكان الفعل لا بد له من زمان يقع فيه ولا ذكر له فى اللفظ بتقديم ولا تأخير، وكانت الأفعال تختلف أحكامها باختلاف أوقاتها، فيكون الفعل فى وقت طاعة وفى غيره معصية لم يثبت له وقت إلا بدليل.

---

(١) انظر مختصر المزنى (٢/ ٤٤, ٤٥)، انظر روضة الطالبين (٢/ ٤٤, ٤٥).

(٢) اعلم أن الأمر أما أن يكون مقيداً بزمن يقع فيه الفعل أو يكون غير مقيد بزمن فإن كان مقيداً بزمن يقع فيه الفعل فإن كان الزمن على قدر الفعل لا يزيد عليه ولا ينقص عنه سمى بالواجب المضيق كصوم رمضان، وإن كان زمن الفعل أكثر من الفعل سمى الفعل بالواجب الموسع ولا خلاف فى أن الأمر المقيد بزمن إيقاع الفعل فيها قيد به من الزمن.

أما إذا كان الأمر غير مقيد بزمن يقع فيه الفعل وهو ما يعرف بالأمر المطلق فقد اختلف الأصوليون فيه. فالقائلون بأن الأمر المطلق يفيد التكرار اتفقوا على أنه يفيد الفور كذلك لأن التكرار يقتضى استيعاب الزمن بالفعل والاستيعاب يلزمه الإتيان بالفعل فى أول زمان الإمكان وهو ما يقصد من الفور.

وأما القائلون بأن الأمر المطلق لا يفيد التكرار فقد اختلفوا فى أنه يفيد الفور أو لا يفيده على أقوال أربعة:

القول الأول: وهو المختار عند جمهور الحنفية والشافعية ومنهم البيضاوى. أن الأمر المطلق لا يفيد الفور ولا التراخى وإنما يفيد طلب الفعل فقط.

القول الثانى: وهو المعروف عن الكرخى من الحنفية والحنابلة أن الأمر يفيد الفور أى الإتيان بالفعل المأمور به فى أول زمن يمكن الإتيان به بحيث إذا أخر المكلف عنه يكون آثماً.

القول الثالث: هو المختار للقاضى أبى بكر الباقلانى أن الأمر يوجب أحد شيئين: إما العزم على الفعل إذا لم يفعل فى أول زمن الإمكان وإما الفعل.

القول الرابع: الأمر مشترك لفظى بين الفور والتراخى فلا يفيد واحداً منهما بخصوصه إلا بقرينة فإن لم توجد قرينة على أحدهما بخصوصه توقف فى فهم المراد منه حتى تقوم القرينة، انظر نهاية السول للأسنوى (٢/ ٢٨٧)، سلم الوصول (٢/ ٢٨٦)، إحكام الأحكام (٢/ ٢٤٢)، أصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير (٢/ ١٦٧, ١٦٨).

وأجمعوا على أنه إذا وقع فى الوقت الأول، فقد أوقع فى وقته فلم يثبت ما عداه وقتًا له إلا بدليل، ولأن الأمر لما اقتضى الإيقاع ولم يكن للترك ذكر وجب فعله عقيب الأمر، ولأن تأخيره لو جاز لم يخل أن يكون إلى غاية أو لا إلى غاية: فإن كان فذلك توقيت له، وخلاف التراخى، وإن كان لا إلى غاية لم يخل المكلف إذا مات قبل الفعل أن يكون آثمًا أو غير آثم.

وفى القول بأنه آثم وجوب الجمع بين جواز الترك والمعصية به، وأن يحظر الله تعالى ترك الفعل فى وقت لا بينه للمكلف وذلك غير صحيح.

وفى القول بأنه غير آثم إخراج الفعل عن الوجوب إلى الندب، لأن الندب هو الذى يكون للمكلف تركه إلى غير غاية ثم لا يأثم إذا مات قبل أن يفعله ولا يعصمهم[1] من هذا إثبات العزم على الإيقاع فى المستقبل لأن فى ذلك إيجابًا لما لم يوجبه الأمر وإسقاط ما أوجبه من الفعل، ولأن أهل اللغة يستحسنون ذم العبد إذا أمره سيده، فتركه وتراخى فيه ولا يلومون السيد على ذمه وضربه ويعللونه بتراخيه وينسبونه إلى الونى[2] والتقصير وذلك يدل على أنه عندهم على الفور، ودليلنا على نفس المسألة قوله ﷺ: «حجوا قبل أن لا تحجوا»[3]، وقوله: «من أمكنه أن يحج ثم مات ولم يحج فليمت إن شاء يهوديًا وإن شاء نصرانيًا»[4]، ولأن الاستطاعة موجودة فوجب أن يلزمه الأداء كما لو غلب على ظنه تعذر الإمكان بعد عامه.

---

(١) ثبت فى (ب) لا يفهم.

(٢) الونى: التعب والفتره، انظر القاموس المحيط (٤/ ٤٠٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

باب

وللحج ميقاتان: ميقات زمان، وميقات مكان، فميقات الزمن أشهر[١] الحج، وهى: شوال وذو القعدة وذو الحجة قيل: جميعه، وقيل: بعضه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج﴾ [البقرة:١٨٩]، ولأن المتمتع يلزمه الهدى لإتيانه بالعمرة فى أشهر الحج.

فصل

إذا ثبت ذلك فالأفضل أن يحرم بالحج فى أشهره لأن النبى ﷺ كذلك فعل، ولأن فائدة التوقيت منع تجاوزها والتقدم عليها، فإن أحرم به قبلها لزمه ولم ينقلب إحرامه إلى العمرة خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يصير محرمًا بعمرة ولا يلزمه الحج[٢]، لقوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج﴾ [البقرة:١٨٩]، وليس يخلو أن يكون أراد القسمة وأن نصف الأشهر للحج ونصفها لسائر المعاملات، وذلك ليس بقول لأحد أو أن يكون أراد الاشتراك فذلك ما نقوله، ولأن كل زمان صح فيه الإحرام بالعمرة صح فيه الإحرام بالحج كأشهر الحج، ولأنه نسك يشتمل على إحرام وطواف وسعى، فجاز[٣] الإحرام به فى رجب أو شعبان كالعمرة، ولأن الإحرام ركن يشترط فيه الحج والعمرة، فجاز أن يفعل فى غير أشهر الحج، أصله: طواف الإفاضة، ولا يلزم عليه الوقوف لأنه مختص بالحج.

فصل

والدليل على أنه لا ينقلب عمرة قوله ﷺ: «وإنما لامرئ ما نوى»[٤]، وهذا لم ينو العمرة فلم تكن له، ولأنه أحرم بالحج، فلم ينقلب عمرة، أصله: إذا أحرم فى أشهر

---

(١) ثبت فى (ب) شهور.

(٢) قال الإمام النووى: (لو أحرم بالحج فى غير أشهره لم ينعقد حجًا وهل ينعقد عمرة؟ فيه طرق. المذهب: أنه ينعقد ويجزئه عن عمرة الإسلام، انظر روضة الطالبين (٣/ ٣٧)، انظر مغنى المحتاج (١/ ٤٧١).

(٣) ثبت فى جميع النسخ (فلزم) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) تقدم تخريجه.

الحج، ولأنها عبادة تشتمل على طواف وسعى، فإذا أحرم بها لم يصح انعقادها عن عبادة أخرى كالعمرة.

فصل

وأما مواقيت المكان فهى أربعة مواقيت منقسمة على جهات الحرم: فيمقات أهل الشام ومصر والمغرب الجحفة[١]، وميقات أهل المدينة ذو الحليفة[٢]، وأهل نجد من قرن[٣]، وأهل اليمن يلملم[٤]، وأهل العراق وخراسان والمشرق ذات عرق[٥]، والأصل فيه قوله ﷺ: «يهل أهل المدينة من ذى الحليفة وأهل الشام من الجحفة وأهل نجد من قرن وأهل اليمن من يلملم»[٦]، وفى حديث جابر أنه ﷺ قال: «وأهل العراق من ذات عرق»[٧]، وقيل: إنه من توقيت عمر بن الخطاب رضى الله عنه[٨].

فصل

ومن مر على هذه المواقيت يريد الإحرام أو دخول مكة لزمه الإحرام منها كان من أهلها أو من غير أهلها[٩]، لقوله ﷺ فى حديث ابن عباس: «هن لهم ولكل آت أتى عليهن من غيرهم ممن أراد الحج أو العمرة» ولأنه ميقات للحج، فإذا مر به مريد الإحرام جاز أن يلزمه ويمنع من تأخيره عنه، أصله: إذا كان من أهله.

فصل

وإذا ثبت هذا فلا يجوز لأحد مر على ميقات من هذه المواقيت يريد الإحرام تأخيره عنه إلا أهل الشام ومصر إذا مروا بذى الحليفة، فإن لهم أن يؤخروا الإحرام لأنهم

(١) وزاد ابن عبد البر إذا سلكوا طريق الساحل وإلا فذو الحليفة إن مروا بها. انظر الكافى (٣٧٩/١) الموطأ (١/ ٣٣٠)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٢/ ٢٣).
(٢) انظر الموطأ (١/ ٣٣٠)، انظر حاشية الدسوقى (٢/ ٢٣).
(٣) انظر الكافى (٣٧٩/١) الموطأ (١/ ٣٣٠)، حاشية الدسوقى (٢/ ٢٣).
(٤) انظر الكافى (٣٧٩/١) الموطأ (١/ ٣٣٠) حاشية الدسوقى (٢/ ٢٣).
(٥) انظر الكافى (٣٧٩/١) الشرح الكبير (٢/ ٢٣).
(٦) أخرجه البخارى: الحج (٣/ ٤٥٠) ح (١٥٢٤)، ومسلم: الحج (٢/ ٨٣٨) ح (١١/ ١١٨١).
(٧) أخرجه مسلم: الحج (٢/ ٨٤١) ح (١٨/ ١١٨٣)، وأحمد: المسند (٣/ ٤٠٨) ح (١٤٥٨٤).
(٨) أخرجه البخارى: الحج (٣/ ٤٥٥) ح (١٥٣١).
(٩) انظر المدونة (١/ ٣٠٣) الكافى (١/ ٣٨٠).

يمرون على ميقاتهم وهو الجحفة، وليس ذلك لغيره ممن يمر بذى الحليفة لأنها لا يتعداها إلى ميقات أهل بلده فلزمه الإحرام من موضعه، فأما إذا مر به لحاجة لا يريد الإحرام ثم تجددت له نية الإحرام ، فإنه يحرم من موضعه ولا يرجع إلى الميقات لأن وجوب الإحرام من المواقيت هو على المارين[1] بها لا المتأخرين[2] دونها.

فصل

فإذا ثبت هذا فلا يخلو المار بالميقات من ثلاثة أحوال: إما أن يكون مريداً الحج أو العمرة، أو أن يكون يريد دخول مكة لحاجة لا لحج ولا لعمرة، أو يكون له حاجة فيها دون مكة، فإن كان يريد الحج والعمرة، فلا يجوز له أن يجاوزه إلا محرمًا لأنه ﷺ وقّت المواقيت لمريد الإحرام فيجب الإحرام منها[3]، وقوله: «هن لهم ولكل آت أتى عليهن من غير أهلهن»[4]، ولأنه لو جاز له تعديلها إلى ما بعدها لم ينفع التوقيت بها شيئًا وكانت كغيرها من البقاع.

فصل

فإن ثبت، فإن تعداها غير محرم نظر: فإن كان لم يحرم عاد فأحرم ولا شيء عليه، لأنه لم يخل بنسك من مناسك الحج ولا أدخل نقصًا على إحرامه فإن أحرم مضى على وجهه ولم يرجع إلى الميقات وعليه دم رجع أو لم يرجع.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يرجع لأن رجوعه لا يفيد شيئًا لأن النقص قد دخل على إحرامه لإيقاعه إياه بعد الميقات ورجوعه لا يزيل ذلك النقص.

فصل

وإنما قلنا: إن عليه الدم لنقصه نسكًا من المناسك، لأن عليه أن يحرم من الميقات، فإذا ترك الإحرام منه إلى ما بعده، فقد أدخل النقص فوجب جبره بدم.

---

(١) ثبت فى (ب) المار.

(٢) ثبت فى (ب) المتأخر.

(٣) انظر الكافى (١/ ٣٨٠)، الشرح الكبير (١/ ٢٥).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا: إن رجوعه بعد إحرامه لا يسقط الدم عنه خلافًا للشافعي[١]، لأن الدم إنما وجب للنقص وليس النقص تجاوزه الميقات على انفراده، وإنما هو إحرامه بعده، وهذا لا يقدر على إزالته لأنه لا يتمكن من حله بعد عقده فلم يسقط الدم عنه، ولأنه معنى لا يزيل النقص الواقع فى إحرامه، فلم يسقط الدم عنه، أصله: إذا أتى ببعض أفعال الحج من الطواف والسعى، ثم عاد إلى الميقات، فإن الدم لا يسقط عنه بالاتفاق، ولأنه ترك الإحرام من الميقات إلى ما بعد الميقات مريداً له فأشبه أن يتمادى ولا يرجع، ولأن كل[٢] فعل من أفعال الحج لزم فى موضع يؤثر الدم فى تركه، فإن العود إليه بعد فوته لا يسقط الدم عنه كالمبيت بالمزدلفة.

فصل

وأما إن مر بالميقات يريد دخول مكة فلا يخلو من أمرين: إما أن يكون ممن يكثر تردداه إلى مكة فى ذهابه ومجيئه كأهلها والمقيمين بها الذين يخرجون للاحتطاب والمعايش، فهذا له أن يتجاوزه غير محرم لأن فى إلزامه الإحرام بالميقات مشقة وكلفة وقطعًا له عن معاشه، فلم يلزمه ذلك، أو أن يكون ممن يقل دخوله إليها كأهل الآفاق الذين إنما يقصدونها لحاجة أو تجارة أو ما أشبه ذلك، فهذا لا يجوز له تجاوز الميقات إلا محرمًا [لأنه لا يجوز لأحد دخول الحرم إلا محرمًا][٣] إلا من[٤] ذكرناه.

فصل

فإذا ثبت هذا، فمتى تجاوزه غير محرم أمر بالعودة إليه فيحرم منه ولا دم عليه، فإن تفادى وأحرم، ففيها روايتان[٥]: إحداهما: وجوب الدم عليه، والأخرى: سقوطه عنه، فوجه الوجوب فلأنه جاوزه مخاطبًا بالإحرام فيه فإذا أحرم بعده لزمه الدم، أصله: إذا كان يريد الحج والعمرة، ووجه إسقاطه فلأنه جاوزه غير مريد لحج ولا لعمرة، فأشبه إذا جاوزه لحاجة، فأما إن جاوزه لحاجة دون مكة فقد ذكرنا حكمه.

(١) انظر روضة الطالبين (٣/٣٨) مغنى المحتاج (١/ ٤٧٤).
(٢) كل سقطت من (أ).
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ)
(٤) ثبت فى (أ) ما
(٥) ذكر ابن عبد البر الروايتان، انظر الكافى (١/ ٣٨٠)، انظر الشرح الكبير (٢/ ٢٥).

فصل

ومن كان منزله بين الميـقات وبين مكة أحرم من منزله، ولم يكن عليـه الرجوع إلى الميقات، فإن جاوز منزله فأحرم فعليه دم[١].

وإنما قلنا: إنه يحـرم من منزله، فلقـوله ﷺ: «هن لهم ولكل آت آتى عليـهن من غيرهن ممن أراد الحج والعمرة»[٢]، ومن كان دون ذلك، فمن حيث أنشأ حتى أهل مكة من مكة، ولأن الميـقات وضع لمن بعـد منزله عن الحرم، فـأما من كـان بقرب[٣] منه، فمنزله ميقاته.

وإنما قلنا: إنه ليس عليـه أن يرجع لأن منزله ميقـاته فلا معنى لرجـوعه[٤] إلى غير ميقاته.

وإنما قلنا: إنه إن جاوزه فعليه دم لأنه مجاوز لميـقاته محرم بعده، فقد أدخل النقص على إحرامه كأهل الآفاق إذا أحرموا بعد مجاوزة مواقيتهم.

فصل

لا يجوز أن يدخل مكة إلا محرمًا[٥] لقوله ﷺ: «اللهم إن إبراهيم حـرم مكة فهى حرام إلى يوم القيامة»[٦]، وهى حرام من كل وجه إلا ما قام دليله، وقوله: «أحلت لى ساعة من نهار ولم تحل لأحـد قبلى ولا تحل لأحد بعدى»[٧]، ولأنها محل لفعل الحج مع كونها حرمًا، فكان لها مزية على غيرها.

فصل

وإن دخلها غـير مـحرم أساء ولا شىء عليـه، لأن دخول محـل الفرض لا يوجب

---

(١) انظر الكافى (١/ ٣٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) بالقرب.

(٤) ثبت فى (ب) الرجوع.

(٥) انظر الكافى (١/ ٣٨١).

(٦) أخرجه مسلم: الحج (٢/ ١٠٠١) ح (٤٧٥/ ١٣٧٤) بنحوه.

(٧) أخرجه البخارى: اللقطة (٥/ ١٠٤) ح (٢٤٣٤)، ومسلم: الحج (٢/ ٩٨٨) ح (٤٤٧/ ١٣٥٥).

الدخول فى الفرض، أصله[١]: الدخول إلى مِنًى وعرفة والمسجد الجامع يوم الجمعة.

فصل

الاختيار أن يحرم من الميقات، فإن قدمه عليه كره له وجاز خلافًا للشافعى[٢] لأنه ﷺ حج واعتمر عمرًا، فلم ينقل أنه أحرم قبل الميقات، فلو كان فيه فضيلة لبيَّنه أو فعله، ولأنه أحد نوعى المواقيت فكره التقديم[٣] بالإحرام عليه كميقات الزمان.

فصل

ولا يجوز الإحرام بالعمرة من الحرم ويخرج من كان بالحرم، وأراد الإحرام بها إلى أدنى الحل، لأن الإحرام من حقه أن يجمع فيه بين الحل والحرم كالحج، والعمرة لا تعلق لها بالحل، فإذا أحرم بها من الحرم لم يمكنه الجمع بينهما، فإن أحرم بها من الحرم خرج إلى الحل ثم عاد فطاف فسعى.

فصل

واختلف أصحابنا فى القارن: فقال ابن القاسم لا يجوز له الإحرام من مكة، وقال سحنون وغيره: يجوز، فلابن القاسم أنه محرم بعمرة، فوجب أن يكون من الحل، أصله: إذا انفرد، ولا يجوز أن يقال بأنه محرم بحج[٤] فجاز أن يكون من مكة كالمفرد[٥]، لأن ذلك يؤدى إلى نقض الأصل الذى هو الحاجة فى الإحرام بالعمرة إلى الجمع بين الحل والحرم، ولأن تقدير القران دخول الحج على العمرة وتغليب حكمها عند فعل الإحرام، ولغيره أن الذى لأجله أريد الإحرام بالعمرة من الحل: أن يجمع فى الإحرام بين الحل والحرم، وهذا يوجد مع القران لأنه لا بد للقارن من الخروج إلى الحل للوقوف والرمى.

(١) ثبت فى (ب) أهلها.

(٢) قال الإمام النووى: الأظهر عند أكثر أصحابنا وبه قطع كثيرون من محققيهم: أنه من الميقات أفضل وهو المختار أو الصواب للأحاديث الصحيحة فيه ولم يثبت لها معارض، الأم (١١٨/٢)، انظر روضة الطالبين (٤٢/٣).

(٣) ثبت فى (ب) التقدم.

(٤) ثبت فى (ب) بالحج.

(٥) ثبت فى (ب)، (م): كالمنفرد.

باب : أركان الحج[(١)]

وأركان الحج أربعة وهى: الإحرام والوقوف والطواف والسعى.

فأما الإحرام فالأصل فيه فعل رسول الله ﷺ وأمره به، لأن كل عبادة لها إحلال لم يصح الدخول فيها إلا بإحرام كالصلاة، وذلك إجماع.

فأما الوقوف فلقوله ﷺ: «الحج عرفة»[(٢)]، وقوله: «من وقف بعرفة فقد تم حجه، ومن فاته الوقوف بعرفة فقد فاته الحج»[(٣)]، ولا خلاف فى ذلك[(٤)].

وأما الطواف فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ [الحج:٢٩]، ولأنه ﷺ طاف وقال: «خذوا عنى مناسككم»[(٥)]، ولا خلاف أيضًا فيه.

وأما السعى فمن فروض الحج عندنا خلافًا لأبى حنيفة[(٦)]، لأنه ﷺ سعى وقال: «اسعوا فإن الله كتب عليكم السعى»[(٧)]، ففيه أدلة: أحدها أنه فعله، وقال: «خذوا عنى مناسككم»، والأخرى أمره به بقوله: «اسعوا»، والثالث: إخباره بأنه مكتوب علينا،

(١) سقط العنوان من كل النسخ وأثبتناه من (ب).

(٢) أخرجه الترمذى فى الحج (٣/٢٢٨) ح (٨٨٩)، وأبو داود فى المناسك (٢/٢٠٣)، (١٩٤٩)، وابن ماجه فى المناسك (٢/١٠٠٣) ح (٣٠١٥)، والدارمى فى المناسك (٢/٨٢) ح (١٨٨٧)، والنسائى فى المناسك (٥/٢٠٦) باب (فرض الوقوف بعرفة).

(٣) أخرجه الدارقطنى فى الحج (٢/٢٤١) ح (٢١) ورحمة بن مصعب قال الدارقطنى: ضعيف وقد تفرد به، ورواه ابن عدى فى الكامل، وأعله بمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى، وضعفه عن جماعة، انظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٣/١٤٥).

(٤) ذكره ابن المنذر إجماعًا وابن قدامة فى المغنى، انظر الإجماع لابن المنذر (٥٤)، المغنى (٣/٤٢٨).

(٥) أخرجه مسلم فى الحج (٢/٩٤٣) ح (٣١٠/٧٩٢١) لفظ «لتأخذوا مناسككم».

(٦) قال الموصلى: (السعى بين الصفا والمروة واجب لقوله عليه الصلاة والسلام «كتب عليكم السعى فاسعوا» وأنه خبر آحاد فلا يوجب الركنية فقلنا بالوجوب». الاختيار (١/١٩٥) الهداية للمرغينانى (١/١٥٤).

(٧) أخرجه أحمد فى المسند (٦/٤٤٨) ح (٢٧٤٣٥) والحاكم فى المستدرك (٤/٧٠) والبيهقى فى سننه (٥/٨٥١) ح (٩٣٦٦) والدارقطنى فى سننه (٢/٢٥٦) ح (٧٨) وعزاه الحافظ الزيلعى إلى الطبرانى والشافعى وابن عدى وفيه ضعف. انظر نصب الراية (٣/٥٥).

ولأنه ركن فى العمرة فكذلك فى الحج أصله: الطواف، ولأن كل نسك يؤتى به فى الحج والعمرة على هيئة واحدة، فإن الدم لا ينوب منابه كالإحرام ولا يدخل عليه الخلاف لأنه يؤتى به بعد الفراغ من العمرة.

فصل

وليس من أركانه رمى جمرة العقبة خلافًا لعبد الملك[1]، لأنه نسك بمنى، فلم يكن وجوبه وجوب الأركان كالمبيت والحلاق، ولأنه رمى كسائر الجمار، ولأنه نسك يفعل بغير مكة بعد الإحرام لا يتعلق فوات الحج بفواته كالمبيت بمزدلفة.

فصل

ويستحب أن يغتسل لأركان الحج كلها، أما الإحرام «فلأن رسول الله ﷺ اغتسل له»[2]، وكذلك الصحابة ويستحب للطاهر والحائض، لأنه أريد به التنظف للعادة، ولأمره ﷺ أبا بكر رضى الله عنه أن يأمر أسماء بالاغتسال وكانت نفساء[3].

وأما الوقوف، فإنه ﷺ اغتسل له[4]، واعتبارًا بالإحرام بعلة كونه ركنًا، وكذلك الطواف والسعى إلا أنه يكفيه لهما غسل واحد لأن أحدهما مرتبط بالآخر وتابع له.

ويستحب الغسل لدخول مكة لأن الصحابة رضى الله عنهم فعلت ذلك[5].

فصل

ومن أراد الإحرام بدأ بالاغتسال ثم ركع ركعتين وأحرم على أثرهما ويستحب له أن

---

(١) ذكره ابن رشد فى المقدمات. انظر المقدمات مع المدونة (١/٤١٨).

(٢) أخرجه الترمذى فى الحج (٣/١٨٣) ح (٨٣٠) وقال: حسن غريب.

(٣) أخرجه مسلم فى الحج (٢/٨٦٩) ح (١١٠/١٢١٠) ، وأبو داود فى المناسك (٢/١٤٨) ح (١٧٤٣) ، وابن ماجه فى المناسك (٢/٩٧١) ح (٢٩١١) ، والدارمى فى المناسك (٢/٥٢) ح (١٨٠٥).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ (١/٣٢٢) ح (٣) عن ابن عمر، وعن ابن مسعود وعبد الرحمن بن يزيد، انظر الزوائد (٣/٢٥٦).

(٥) فقد روى أن ابن عمر رضى الله عنه كان لا يقدم مكة إلا بات بذى طوى حتى يصبح ويغتسل، ثم يدخل مكة نهارًا لما أخرجه البخارى فى الحج (٣/٥٠٩) ح (١٥٧٤) ومسلم فى الحج (٢/٩١٩) ح (٢٢٦/١٢٥٩).

يحرم على أثر نافلة دون مكتوبة، فإن لم يقدر على ذلك لضيق الوقت أو لكونه وقتًا يكره فيه التنفل انتظر إمكانه إن قدر، فإن لم يقدر أحرم على أثر مكتوبة، وذلك أفضل من الإحرام بغيرها، فإن لم يقدر لإعجال أو خوف فوات وأحرم بغير صلاة فلا شيء عليه ولو أحرم ابتداء بغير صلاة قادرًا على أن يصلى، ثم يحرم كره له ذلك ولا شيء عليه(١).

وإنما اخترنا له ذلك، لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل(٢)، واخترنا له التنفل لأنه زيادة مقصودة لأجل الإحرام، وقلنا: إنه ينتظر الإمكان لئلا يعرى الإحرام من فضيلة الصلاة مع القدرة عليها.

وإنما قلنا: إنه إن أحرم عقيب مكتوبة جاز، لأن رسول الله ﷺ أحرم عقيب صلاة، فقيل: نافلة، وقيل: مكتوبة، ولأن الإحرام عقيب المكتوبة لا يعرى من صلاة، فكان أفضل من الإخلال بها جملة.

وإنما قلنا: إنه إذا أحرم بغير صلاة أصلاً، فلا شيء عليه، لأن ذلك مستحب غير واجب لأنه ليس فى الأصول عبادة يقف صحة فعلها على صلاة قبلها.

فصل

ويتجرد بعد غسله من مخيط الثياب لأنه ممنوع من لبسها فى الإحرام، فلا بد من تقديم ذلك ليصادف إحرامه هيئته المبينة له، وهذا للرجل دون المرأة(٣).

فصل

وإذا فرغ من صلاته ركب راحلته وأهل بالتلبية(٤) لأنه ﷺ كذلك فعل(٥)، ويستحب

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٢٩٥).

(٢) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ١٥٤، ١٥٥) ح (١٧٧٠) والترمذى فى الحج (٣/ ١٧٣) ح (٨١٩) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب لا نعرف أحدًا رواه غير عبد السلام بن حرب. وهو الذى يستحبه أهل العلم، أن يحرم الرجل فى دبر الصلاة، والنسائى فى المناسك (٥/ ١٢٦) باب (العمل فى الإهلال)، والحاكم فى المستدرك (١/ ٤٥١).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٦٤).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٦٤).

(٥) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٤٤٣) ح (١٥١٤) ومسلم فى الحج (٢/ ٨٤٥) ح (٢٧/ ١١٨٧).

له تأخير الإحرام حتى يستوى على الراحلة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يحرم عقيب الركوع[1]، لأن فى الحديث أنه ﷺ أهل حين استوت به راحلته، ولأن الدخول فى العبادة يجب أن يكون عند الشروع فى فعلها لا قبله.

فصل

ويهل إذا استوى على الراحلة ولا ينتظر أن تنبعث به خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يحرم إذا انبعثت به راحلته[2]، لأن فى الحديث أنه ﷺ أهل حين استوت به راحلته، ولأنه استوت به راحلته، فأشبه إذا انبعثت به؛ وإن كان ماشيًا، فإذا أخذ فى مشيه لأن ذلك كاستوائه على الراحلة.

فصل

ولفظ التلبية: «لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك» لأن ذلك منقول عنه ﷺ[3] بهذا اللفظ، فإن زاد عليها زيادة ابن عمر جاز ولفظها: «لبيك لبيك وسعديك والخير بيدك والرغباء إليك والعمل»[4].

فصل

ويكفى منها مرة واحدة لأنه أقل ما يتناوله الاسم وما زاد عى ذلك مستحب، فإن أخل بها جملة فعليه الدم لأنها من شعائر الحج وواجبات نسكه، والأصل فيه قوله ﷺ: «الحج العج والثج»[5]، ولأمره بها وحضه عليها وفعله لها، وقال: «خذوا عنى مناسككم»[6]، وقال: «من ترك من نسكه شيئًا فعليه دم»[7].

---

(١) قال الموصلى: (إن شاء لبى إذا استوت الراحلة أو عقيب الركوع وهو أفضل) الاختيار (١/ ١٨٩) الهداية للمرغينانى (١/ ١٤٨).

(٢) انظر النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب (١/ ٢٠٤).

(٣) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٤٧٧) ح (١٥٤٩) ومسلم فى الحج (٢/ ٨٤١) ح (١٩/ ١١٨٤).

(٤) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٤٧٧) ح (١٥٤٩) ومسلم فى الحج (٢/ ٨٤١) ح (١٩/ ١١٨٤) واللفظ: عند مسلم.

(٥) أخرجه الترمذى فى الحج (٣/ ١٨٠) ح (٨٢٧) وابن ماجه فى المناسك (٢/ ٩٧٥) ح (٢٩٢٤) والدارمى فى المناسك (٢/ ٤٩) ح (١٧٩٧).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه مالك فى الموطأ موقوفًا على ابن عباس (١/ ٣٩٧) ح (١٨٨) بلفظ: من نسى من نسكه =

فصل

ويستحب رفع الصوت بها للرجال[١]، لقوله ﷺ: «أتاني جبريل ـ عليه السلام ـ فأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال»[٢] ويكره ذلك للنساء خيفة الفتنة، ولأن الإخفات أستر لهن.

فصل

والإحرام هو الاعتقاد بالقلب للدخول في الحج والعمرة ولا يفتقر إلى تلبية في انعقاده، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنه لا ينعقد إلا بنطق أو بسوق هدي مع النية[٣]، لأنها عبادة لا يجب الذكر في آخرها أو أثنائها، فلم يجب في ابتدائها كالصيام عكسه الصلاة، وللاتفاق على أنه إذا قلد الهدي وأشعره ولم يلب أن إحرامه يصح، فلو كان للنطق من شرط صحة الدخول فيها لم يقم غيره مقامه.

فصل

والنية مغنية عن التسمية، فإن سمى ما يريده بإحرامه من حج أو عمرة جاز[٤] لأن رسول الله ﷺ قد فعل ذلك[٥] على حسب اختلاف الروايات عنه من إفراد أو قران.

فصل

ويستحب التلبية عند أدبار الصلوات لأنها أوقات يستحب الذكر فيها، وعند كل شرف، لأن ذلك مروي عن الصحابة، ويكره له الإكثار منها، حتى يخرج إلى

= شيئًا فليهرق دمًا) وذكره ابن حجر بلفظ المصنف، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٢٤٤) ح (١٠).

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٦٥).

(٢) أخرجه أبو داود: المناسك (٢/ ١٦٨) ح (١٨١٤) والترمذي: الحج (٣/ ١٨٢) ح (٨٢٩) والنسائي: المناسك (٥/ ١٢٥) (باب: رفع الصوت بالإهلال) وابن ماجه: المناسك (٢/ ١٩٧٥) ح (٢٩٢٢) ومالك في الموطأ: الحج (١/ ٣٣٤) ح (٣٤) والدارمي: المناسك (٢/ ٥٣) ح (١٨٠٩) والحاكم في المستدرك (١/ ٤٥٠).

(٣) قال المرغيناني: (ولا يصير شارعًا في الإحرام بمجرد النية مالم يأت بالتلبية) انظر الهداية (١/ ١٤٩) الاختيار للموصلي (١/ ١٨٨).

(٤) المدونة الكبرى (٢/ ٢٩٥).

(٥) أخرجه البخاري: الحج (٣/ ٤٩٢) ح (١٥٦١)، ومسلم: الحج (٢/ ٨٧٠) ح (١١١/ ١٢١١).

الإلحاح[١]، لأن ذلك سرف وخروج عما يتعلق بالندب، ويكره أن يلبى فى طواف أو سعى لأنه حال يستحب فيها الدعاء، وروى عن الصحابة مثل ذلك[٢].

فصل

ويستحب قطع التلبية بعد الزوال من يوم عرفة، خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى فى قولهما: إنها تقطع عند رمى جمرة العقبة[٤]، لأن ما قلناه إجماع الصحابة، وروى عن الخلفاء الأربعة وابن عمر وعائشة[٥] رضى الله عنهم أجمعين، وذكر مالك أنه إجماع أهل المدينة[٦]، ولأن التلبية إجابة للنداء بالحج الذى دعى إليه، فإذا انتهى إليه فقد أتى بما لزمه فلا معنى لاستدامتها فيما زاد.

---

(١) ألح فى السؤال: ألحف ودام عليه. القاموس المحيط (٢٤٦/١).

(٢) أخرجه البخارى: الحج (٥٠٩/٣) ح (١٥٧٣) ، ومسلم: الحج (٩١٩/٢) ح (١٢٥٩/٢٢٦).

(٣) قال المرغينانى: (ويقطع التلبية مع أول حصاة) الهداية (١٥٩/١). الاختيار (٢٠١/١).

(٤) قال الشيرازى: (ويقطع التلبية مع أول حصاة) المهذب (٢٢٨/١).

(٥) انظر فى ذلك الموطأ فى الحج (٣٣٨/١ ـ ٣٣٩).

(٦) (جاء فى الموطأ: قال يحيى: قال مالك: وذلك الأمر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا) الموطأ (٣٣٨/١).

باب الإحرام

إحرام الرجل في وجهه ورأسه ولا يجوز له تغطيتهما بشيء من اللباس أصلاً، فإن غطى رأسه فأكفه وانتفع بتغطيته افتدى من غير خلاف، والأصل فيه نهيه ﷺ المحرم عن لبس العمائم والبرانس[١]، واتصال العمل بذلك، فأما الوجه فقال: لا يجوز تغطيته، وقال ابن القاسم: لا فدية في تغطيته، ومن أصحابنا من يقول: إنه يخرج على روايتين، وقال الشافعي: ليس عليه كشف وجهه في الإحرام[٢]، والأصل في ذلك قوله ﷺ: «المحرم أشعث أغبر»[٣]، فجعل من وصفه ذلك فاقتضى نفي كل ما أخرجه عن هذا المعنى والوجه أخص بذلك من سائر الأعضاء واعتباراً بالمرأة.

فأما الفدية فوجه وجوبها هو: أن العبادات إذا تعلقت بالوجه لم يفترق فيها حكم الرجل والمرأة كغير الإحرام، ولأنه عضو لزم كشفه في الإحرام فتعلقت الفدية به كالرأس، ووجه سقوطها أنه عضو يلزم المرأة كشفه، فلم يلزم الرجل فدية بتغطيته كاليدين، ولأنه عضو فرضه في الطهارة الغسل كالرجلين.

فصل

وإحرام المرأة في وجهها وكفيها، والأصل فيه قوله ﷺ: «إحرام المرأة في وجهها»[٤]، ونهيه النساء عن لبس النقاب في الإحرام[٥]، فإذا ثبت ذلك فلا يجوز لها

---

(١) أخرجه البخاري في الحج (٣/٤٦٩) ح (١٥٤٢) ومسلم في الحج (٢/٨٣٤) ح (١/١١٧٧).

(٢) قال الإمام الشافعي: (وتفارق المرأة الرجل فيكون إحرامها في وجهها وإحرام الرجل في رأسه فيكون للرجل تغطية وجهه كله من غير ضرورة ولا يكون ذلك للمرأة). الأم للشافعي (٣/١٢٠٧).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢/١٩٩) ح ٧١٠٨.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/٧٤) ح (٩٠٤٨) والدارقطني في سننه (٢/٢٩٤) ح (٢٦٠) وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعي (٣/٢٧).

(٥) أخرجه البخاري في الصيد (٤/٦٣) ح (١٨٣٨) وأبو داود في المناسك (٢/١٧١) ح (١٨٢٦) والترمذي في الحج (٣/١٨٥) ح (٨٣٣) والنسائي في المناسك (٥/١٠٤) باب (النهي عن أن تلبس المحرمة القفازين) ومالك في الموطأ في الحج (١/٣٢٨) ح (١٥) وأحمد في المسند (٢/١٦٢) ح (٦٠٠٨).

تغطيته ببرقع ولا نقاب ولا سترة بوجه إلا أن يكون هناك جمال يخاف به الفتنة، فيجوز لها أن تسدل الثوب عليه ليستر بقدر ما يزول عنها ما يخاف من نظر من ينظر إليها، ومتى غطت زيادة على ذلك بنقاب أو برقع فانتفعت بتغطيته افتدت.

وأما اليدان فيلزمها كشفهما إلى الكوعين ولا يجوز لها لبس القفازين [خلافًا لأبى حنيفة[١] لنهيه ﷺ عن لبس القفازين[٢]][٣]، ولأنه عضو ليس بعورة منها، فوجب أن يتعلق به حكم الإحرام فى باب التغطية، أصله: الوجه.

فصل

والرجل ممنوع من لبس المخيط كله، فلا يجوز له لبس قميص ولا سراويل ولا جبة ولا قباء[٤]، والأصل فيه قوله ﷺ فى المحرم: «لا يلبس القميص ولا السراويلات ولا البرانس ولا العمائم»[٥]، وأما المحرمة فيجوز لها لبس ذلك كله لنهيه ﷺ عن لبس القفازين والنقاب وقال: «لتلبسن بعد ذلك ما أحبت من قميص أو سراويل أو خفين»[٦] لأن ما عدى الوجه والكفين من [جسدها][٧] عورة، وليس عليها كشف عورتها بل لا يجوز ذلك لها.

فصل

وإن احتاج الرجل إلى لبس المخيط من سراويل أو قميص لبسه وافتدى، خلافًا للشافعى فى إسقاطه الفدية بلبس السراويل[٨]، لأنه محرم ممنوع من لبس المخيط، فإذا لبسه لزمته الفدية، أصله: إذا لبسها مع وجود المئزر لأن كل ما لو لبسه مع عدم العذر لزمته الفدية، فكذلك مع العذر، أصله: القميص.

(١) قال الكاسانى: والمرأة تساوى الرجل فى الطيب وأما لبس القفازين فلا يكره عندنا وهو قول على وعائشة رضى الله عنهما. بدائع الصنائع للكاسانى (٢/ ١٨٦).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٤) هو ثوب ضيق من ثياب العجم. المطلع (ص ١٧١، ١٧٢).
(٥) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ١٧١) ح (١٨٢٧) والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٧٤) ح (٩٠٤٥) والحاكم فى المستدرك (١/ ٤٨٦).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ثبت فى (ب) (بدنها).
(٨) انظر الأم للشافعى (٢/ ١٢٦).

فصل

ولا يجوز للمحرم أن يلبس الخفين لا التامين ولا المقطوعين إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين[(١)]، لقوله ﷺ: «لا يلبس القميص ولا العمائم ولا الخفين إلا أن لا يجد نعلين فيلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين»[(٢)]، وإذا وجد النعلين لم يكن له لبس الخفين خلافًا لبعضهم لأن الخبر مشروط بعدم النعلين.

فصل

وإن عدم النعلين فلبس الخفين تامين، فعليه الفدية خلافًا لأحمد[(٣)]، لقوله ﷺ: «إلا أن لا يجد نعلين فيلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين»[(٤)]، ففيه دليلان: أحدهما: أن الأمر بالقطع على الوجوب، والآخر: استثنى من حظر لبسا على صفة وهى القطع، فما عداه على أصل المنع، ولأنها حال إحرام للرجل فلم يجز فيها لبس الخف التام مع القدرة على قطعه كحال وجود النعلين.

فصل

إذا أدخل كتفيه فى القباء فعليه الفدية خلافًا لأبى حنيفة[(٥)]، لأنه لبس مخيطًا ، الوجه الذى يلبس مثله فى العادة كالقميص.

فصل

كل الألوان جائز الإحرام فيها ما لم يكن طيبًا إلا أن البياض أفضل لقوله ﷺ: «خير ثيابكم البياض فليلبسها أحياؤكم وكفنوا فيها موتاكم»[(٦)].

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٨٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن قدامة: (فإن لبسهما من غير قطع افتدى) وهذه إحدى الروايتين عن أحمد. انظر المغنى (٣/ ٢٧٣). انظر الإنصاف (٣/ ٤٦٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال الموصلى: (وإن ألقى على كتفيه قباء جاز) انظر الاختيار (١/ ١٩٠) بدائع الصنائع (٢/ ١٨٤).

(٦) أخرجه البخارى: المحصر (٤/ ٢٠) ح (١٨١٥) ، ومسلم: الحج (٢/ ٨٦٠) ح (٨٢/ ١٢٠١).

فصل

ويمنع المحرمون من إلقاء التفث[١] وهو حلق الشعر وقص الأظافر وقتل القمل، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله، فمن كان منكم مريضًا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة:١٩٦]، وقوله تعالى: ﴿ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ [الحج:٢٢]، فأباح ذلك بعد التحلل، وقوله ﷺ لكعب بن عجرة: «أتؤذيك هوام رأسك»؟ قال: نعم، فأمره بالحلاق والفدية[٢].

فصل

الزينة ممنوعة في الإحرام كالكحل للنساء ولبس الحلي وغيره، واختلف أصحابنا هل هو منع حظر أو كراهة؟، فإن قلنا: إنه منع حظر كان فيه الفدية، وإن قلنا: إنه منع كراهة فلا فدية فيه، ووجه الحظر أنها عبادة تمنع الطيب والنكاح، فمنعت الزينة كالعدة ووجه الكراهة أنها عبادة إحرام وإحلال كالصلاة.

فصل

يجوز للمحرم حك رأسه وجلده، ويرفق في حك رأسه لئلا يقتل القمل لأن شعر الرأس يستكن فيه القمل، وله أن يحك جلده حكًا شديدًا لأنه يأمن ذلك فيه غالبًا[٣].

فصل

الطيب ممنوع في الإحرام قليله أو كثيره منع حظر تجب الفدية بتناوله ولا خلاف في ذلك[٤]، والأصل فيه: أنها عبادة تمنع النكاح فمنعت [الطيب كالعدة ولا فدية في شمه

---

(١) قال الفيروزآبادي: (التفث: في المناسك الشعث وما كان من نحو قص الأظفار والشارب وحلق العانة وغير ذلك) القاموس المحيط (١/ ١٦٢).

(٢) أخرجه البخاري في جزاء الصيد (٤/ ٦٦) ح (١٨٤٠) ومسلم في الحج (٢/ ٨٦٤) ح (٩١/ ١٢٠٥).

(٣) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٨٧).

(٤) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٤٩). المغني لابن قدامة (٣/ ٢٩٣) مجموع شرح المهذب (٧/ ٢٨٢).

ما لم يكـن إتلاف والعصفـر ليس من][1] الطيب لأنه من الـريحـان وليس فى العـادة التطيب به، فإن كثر جدًا وكان ممن يتقض، فمن أصحابنا من يوجب به الفدية ويجعله زينة ومقارنًا للطيب.

فصل

ويجوز للمحرم أكل ما فيه طيب قد طبخـته النار زعفرانًا كان أو غيره كالخبيص[2]، والخشكنان، لأنه بالطبخ قد خرج عـن أن يكون طيبًا وصار فى حكم المأكولات، ولأنه فى حال تناوله متلف بغلبة الطعام عليه واستهلاكه فيه.

فصل

إذا خلط الطيب بطعام أو شراب على جهته من غير أن تمسه النار أو طيب به طعام، فتناوله المحرم ففيها روايتان: إحداهما: وجوب الفدية لأنه تناول طيبًا على جهته كما لو تطيب به، والآخر: أنه لا فدية عليه لأنه مستهلك فيه والحكم للغلبة.

فصل

يجوز أن يغتسل المحرم تبردًا[3]، لأن النبى ﷺ فعل ذلك[4]، وكذلك الصحابة[5]، ويحرك شعر رأسه بيديه[6]، ولأن الغسل ليس بطيب ولا زينة ولا إلقـاء تفث، وكل ما عدا ذلك فجائز للمحرم.

فصل

والفدية فى الطيب وإلقاء التفث ولبس المخيط ثلاثة أنواع: إطعام ستة مساكين مدين مدين لكل مسكين، أو صيام ثلاثة أيام، أو ذبح شاة وهى على التخيير دون الترتيب[7]، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريـضًا أو به أذى من رأسه، ففدية من

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الخبيص خليط معمول من التمر والسمن. القاموس المحيط (٢/ ٣٠٠).

(٣) الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٨٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر الموطأ فى الحج (١/ ٣٢٣، ٣٢٤) والبيهقى فى الكبرى (١٠٠ ـ ١٠١).

(٦) الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٨٧).

(٧) انظر المدونة الكبرى (١/ ٣٤٥).

صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة:١٩٦]، وفى حديث كعب بن عجرة أنه ﷺ قال: «أتؤذيك هوام رأسك؟» قال: نعم، قال: «احلق وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين مُدَّين مُدَّين لكل مسكين أو أنسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك»[1].

فصل

وليس لشىء منها مكان مخصوص أى موضع فعله جاز خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن النسك لا يكون إلا بمكة[2]، وللشافعى فى قوله: إن النسك والإطعام لا يكونان إلا بمكة[3]، لقوله تعالى: ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة:١٩٦] فأطلق، وفى حديث كعب بن عجرة أنه ﷺ قال له: «صم ثلاثة أيام أو أطعم أو أنسك بشاة»[4] ولم يقيد ولأنه نوع من فدية الأذى، فجاز بمكة وغيرها كالصوم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الموصلى: (والصدقة والصوم يجزئ فى أى مكان شاء لأنهما قربة فى جميع الأماكن على جميع الفقراء وأما الذبح فلا يجوز إلا بالحرم لأنه لم يعرف قربة إلا فى زمان مخصوص ومكان مخصوص وكذا كل دم وجب فى الحج جناية أو نسكًا). انظر الاختيار (١/٢١٧). الهداية للمرغينانى (١/١٧٧).

(٣) انظر روضة الطالبين للنووى (٣/١٨٧).

(٤) تقدم تخريجه.

باب : من قتل صيداً وهو محرم أو ذبحه أو صاده

يحرم قتل الصيد وذبحه واصطياده على المحرم في الحل والحرم ويحرم في الحرم على المحرم والحلال[١]، والأصل في منعه للمحرم قوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة:٩٥]، وقوله: ﴿فإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة:٢]، وقوله: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرمًا﴾ [المائدة:٩٦]، وقوله ﷺ: «لحم الصيد لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم»[٢] ولا خلاف في ذلك[٣].

وجميع ما ذكرناه دال على منعه في الحرم لأن قوله: ﴿وأنتم حرم﴾ [المائدة:٩٥] يتضمن حرمة الإحرام وحرمة الحرم، وقوله ﷺ في مكة: «لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها»[٤]، فإذا ثبت هذا فالحرم حرمان: حرم مكة، وحرم المدينة، فإن قتل صيداً في مكة فعليه الجزاء، وإن قتله في حرم المدينة فلا جزاء عليه، وقال داود: لا يتعلق الجزاء بحرمة الحرام أصلاً، ودليلنا قوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥]، والاسم ينطلق على [المحرم][٥]، والحرام بالإحرام وبالمكان، ولأن كل ما كسبه اسم محرم أثر في وجوب الجزاء، أصله: الإحرام.

فصل

وأما حرم المدينة فلا جزاء عليه عند مالك، وقال ابن أبي ذئب: عليه الجزاء، فوجه قول مالك رحمه الله قوله ﷺ: «من وجدتموه قد صاد في حرم المدينة فأوجعوه ضربًا

---

(١) انظر المدونة الكبرى (١/٣٢٩).

(٢) أخرجه أبو داود في المناسك (٢/١٧٧) ح (١٨٥١) والترمذي في الحج (٣/١٩٤ ـ ١٩٥) ح (٨٤٦) والنسائي في المناسك (٥/١٤٧) باب (إذا إشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال) وأحمد في المسند (٣/٤٤٣) ح (١٤٩٠٦) والحاكم في المستدرك (١/٤٥٢).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٥٠)، المجموع (٧/ ٣١٠) المغني لابن قدامة (٣/٢٨٦).

(٤) أخرجه البخاري : في الحج (٣/٥٢٥) ح (١٥٨٧) ، ومسلم : في الحج (٢/٩٨٦) ح (٤٤٥/١٣٥٣).

(٥) ثبت في (ب) (الحرم).

واسلبوه ثيابه»[١]، فلو كان فيه الجزاء لأمر به، ولأنه غير محل للمناسك فلم يتعلق بقتل الصيد فيه الجزاء، أصله: الحل، ووجه إيجابه الجزاء قوله ﷺ: «اللهم إن إبراهيم حرم مكة وأنا أحرم المدينة بمثل ما حرم به مكة ومثله معه لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها»[٢] ولأنه حرم يمنع الاصطياد فيه فتعلق الجزاء به كحرم مكة، وهذا القول أقيس عندى على أصولنا، لا سيما مع قول أصحابنا: إن المدينة أفضل من مكة، وأن الصلاة فى مسجدها أفضل من الصلاة بالمسجد الحرام، وسنذكر ذلك فى موضعه من كتاب الجامع إن شاء الله.

فصل

وعمد الإتلاف وسهوه سواء فى وجوب الجزاء خلافًا لداود فى قوله: إن قتل الصيد خطأ لا شىء فيه[٣]، لقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدًا فجزاء﴾ [المائدة: ٩٥]، فأوجب الجزاء على متعمد قتله ولم يفرق بين أن يكون ذاكرًا للإحرام أم ناسيًا، وقوله ﷺ فى الضبع: «هو صيد وفيها كبش إذا أصابها المحرم»[٤]، ولأنه متلف للصيد فى حال الإحرام أو الحرم، فأشبه العامد.

فصل

ولا جزاء فى قطع الشجر[٥] خلافًا لأبى حنيفة[٦] والشافعى[٧]، لأن إتلاف الشجر

---

(١) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ٢٢٤) ح (٢٠٣٨) ، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٣٢٦) ح (٩٩٧٤) ، والحاكم فى المستدرك (١/ ٤٨٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن قدامة: (وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس وابن المنذر وداود والرواية الثانية عن أحمد) المغنى (٣/ ٥٣٢).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٥٤) ح (٣٨٠١) والترمذى فى الأطعمة (٤/ ٢٥٢) ح (١٧٩١) والنسائى فى الصيد (٧/ ١٧٦) باب (الضبع) وأحمد فى المسند (٣/ ٣٦٤) ح (١٤١٧٣). والدارمى فى المناسك (٢/ ١٠٢) ح (١٩٤١).

(٥) أى: شجر الحرم.

(٦) قال المرغينانى: (فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته إلا فيما جف منه لأن حرمتها ثبتت بسبب الحرم) الهداية (١/ ١٩٠) الاختيار للموصلى (١/ ٢٢٢).

(٧) قال النووى: (لا يتعرض لصيد حرم المدينة وشجره وهو حرام على المذهب وحكى قول ووجه =

الذى لا ملك عليه لآدمى لا غرم على متلفه فى الأصول. ولأن كونه من شجر الحرم لا يقتضى ضمان الجزاء اعتبارًا بما فيه منفعة للناس، ولأنه نوع من النبت كالخشب والثمار، ولأنه يتلف حيوانًا ولا شيئًا من الحيوان فلم يلزمه جزاء كسائر الجمادات، وقياسًا على المحرم يقطع الشجر فى الحل لأن ما لزم الحلال جزاؤه فى الحرم لزم المحرم مثله فى الحل، فلو كان فى قطع شجره جزاء للزم المحرم ذلك فى الحل.

فصل

أكل لحم الصيد الذى يصيده الحلال فى الحل جائز للمحرم إذا لم يصد من أجله ولا من أجل محرم سواه، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يؤكل وإيجابه الجزاء عليه بأكله[١]، لقوله ﷺ: «لحم الصيد لكم حلال وأنتم محرمون ما لم تصيدوه أو يصد لكم»[٢]، ولأنه إذا صيد لهم كانوا كالراضين بقتله فلزمهم الجزاء، وإذا لم يصد لهم فلا جزاء عليهم لأنهم لم يتلفوه ولا أتلف من أجلهم.

فصل

وإن أكل من صيد صيد من أجله فعليه فيه الجزاء خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى[٤]، لقوله ﷺ: «ما لم تصيدوه أو يصد لكم»[٥]، ولأنه إتلاف ممنوع منه لأجل رضاه به، فكان عليه الجزاء، أصله: إذا أتلفه بنفسه، ولأن الوكيل كفعل الموكل فى الحكم، ولأن فى ذلك ذريعة إلى استباحة الاصطياد فوجب حسم الباب.

= أنه مكروه فإذا حرمناه ففى الضمان قولان: الجديد: لا يضمن والقديم: يضمن وفى ضمانه وجهان. أحدهما: كحرم مكة وأصحهما: أخذ سلب الصائد وقاطع الشجر) روضة الطالبين (٣/ ١٦٨) المهذب للشيرازى (١/ ٢١٩).

(١) قال المرغينانى: (ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده خلافًا لمالك رحمه الله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم) الهداية للمرغينانى (١/ ١٨٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الهداية (١/ ١٨٨).

(٤) انظر روضة الطالبين (٣/ ١٦٣) مجموع شرح المهذب (٧/ ٣٤٥).

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

ومن قتل صيدًا فأكله فعليه جزاء واحد، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: عليه الجزاء وضمان قيمة ما أكل[1] لقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدًا فجزاء﴾ [المائدة:٩٥]، فلم يوجب سواه، ولأن الإتلاف بعد القتل لا يوجب جزاء آخر كما لو قتله وأحرقه.

فصل

ولا يصح من المحرم تذكية الصيد خلافًا للشافعي[2] لقوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة:٩٥]، والقتل في الشرع عبارة عن الإتلاف الذي لا يبيح الأكل، والذكاة عبارة عن ما يبيحه، ولأنه ذبح محرم لحق الله لمعنى في نفس الذابح فأشبه ذبح المجوسي، ولأن كل معنى أوجب تحريم أكل المذبوح على ذابحه أوجبه على غيره، أصله: ذبح المجوسي ولأن كل صيد حظر على صائده لحق الله فلا تصح تذكيته له، أصله: الخنزير.

فصل

وللحلال أن يذبح صيدًا مملوكًا في الحرم ولا جزاء عليه خلافًا لأبي حنيفة[3]، لأنه لما جاز له إمساكه والتصرف فيه وهو حلال في الحرم، جاز له ذبحه كالنعم، ولأن كل من جاز له تملك صيد بالشراء والهبة جاز له ذبحه كالحلال إذا كان في الحل، ولأنه لو منع ذلك لفسد لحم الصيد، فأدى إلى أنهم لا يأكلونه إلا متغيرًا، والفرق بين حرمة الموضع وحرمة الإحرام لأن الإحرام لا يدوم وحرمة الموضع دائمة فافترقا فيما يحرم في الإحرام كالنكاح والوطء، لأن حرمة الإحرام تمنع منها وحرمة الموضع لا تمنعه.

---

(١) قال المرغيناني: (فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئًا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: ليس عليه جزاء ما أكل وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعًا) انظر الهداية (١/١٨٨).

(٢) قال الإمام النووي: (إذا ذبح المحرم صيدًا في الحل لم يحل له أكله بالإجماع وفي تحريمه على غيره عندنا قولان الأصح التحريم. وقال الحاكم وسفيان الثوري وأبو ثور لا بأس بأكله). انظر مجموع شرح المهذب (٧/٣٥١) المهذب للشيرازي (١/٢١٨).

(٣) بدائع الصنائع للكاساني (٢/٢٠٧).

فصل

ولا يجوز لمحرم أن يدل على صيد لمن يقتله أو يصيده[1]، لأن ذلك يجرى مجرى المعاونة على قتله، ومن منع فعل شىء منع المعونة عليه، ولأنه لما حرم عليه قتل الآدمى حرم عليه أن يدل عليه كذلك الصيد.

فصل

وإن فعل أثم ولا جزاء عليه خلافًا لأبى حنيفة[2] لقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدًا فجزاء﴾ [المائدة:٩٥] فعلق وجوب الجزاء بالقتل المباشر. فدل على انتفائه بغيره، ولأنه دال فلم يلزمه بدلالته غرم كما لو دل على عبد غيره، ولأنه لم يكن منه قتل لا بمباشرة ولا بسبب أثر فى نفس المقتول كالدال على قتل الآدمى، ولكأنه ممنوع من إتلاف الصيد لحرمة توجب منع اصطياده، فإذا دل عليه لم يلزمه جزاء، أصله: الحلال فى الحرم إذا دل على صيد فى الحرم.

فصل

إذا اشترك جماعة محرمون فى قتل صيد، فعلى كل واحد جزاء كامل خلافًا للشافعى فى قوله: إنه على جميعهم جزاء واحد[3]، لقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدًا فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥]، وهذا خطاب لكل قاتل فى نفسه، ولأنه محرم أتلف صيدًا ممنوعًا من إتلافه كالمنفرد، ولأنه اشتراك فى قتل نفس تجب الكفارة بقتلها، فكانت الكفارة بعدد القاتلين كالآدمى ولأنه معنى تتصف به الجماعة، والآحاد لو انفرد كل واحد به لزمته كفارة كاملة فكذلك إذا أشرك فيه كالجماعة إذا اشتركت فى الحلف على شىء واحد، فإن على كل واحد كفارة كاملة، ولأن الجزاء طريقة الكفارة لا الدية لقوله تعالى: ﴿أو كفارة طعام مساكين﴾ [المائدة:٩٥]، ولأنه حق لله يجب [بإتلاف نفس للصوم مدخل فيه، فكان على كل واحد كفارة كقتل الآدمى،

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٩١).

(٢) قال المرغينانى: (وإذا قتل المحرم صيدًا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء) الهداية (١/ ١٨٣) الاختيار للموصلى (١/ ٢١٩).

(٣) قال الشيرازى: (وإذ اشترك جماعة من المحرمين فى قتل صيد وجب عليهم جزاء واحد لأنه بدل متلف يتجزأ فإذا اشترك الجماعة فى إتلافه قسم البدل بينهم كقيم المتلفات) المهذب (١/ ٢١٧).

ولأنه من المحظورات فكان الواجب][1]، بإتلافه كفارة كحلق الرأس والطيب.

فصل

إذا قتل المحرم صيدًا لغيره فعليه القيمة مع الجزاء، خلافًا لمن أسقط عنه الجزاء، لقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدًا فجزاء﴾ [المائدة: ٩٥] فعم، ولأنه ممنوع من قتله لحرمة الإحرام فعليه الجزاء كالذى ليس بمملوك.

فصل

لا يخلو الصيد الذى يقتله المحرم أن يكون مما له مثل من النعم أو أن يكون مما لا مثل له، فإن كان له مثل وشبه من النعم فجزاؤه ذلك المثل كالنعامة المشبهة للبدنة وحمار الوحش المشبه للبقرة وغير ذلك مما نذكر مفصلاً، فهذا النوع من الصيد يجب فيه ما يقرب شبهه به من النعم، وإن كان مما لا مثل له كالأرنب واليربوع[2]، وغير ذلك ففيه حكومة، ووجوب إخراج المثل غير متحتم، فإن شاء القاتل أخرجه، وإن شاء أخرج قيمته طعامًا ويخرج قيمة الصيد المقتول لا قيمة المثل، ويقوم نفس الصيد المقتول بالطعام دون تقويمه بالدراهم وتقويم الدراهم بالطعام، فإن شاء صام بدلاً من الطعام مكان كل مد أو كسره يومًا بالغًا ما بلغ.

ولا يجوز أن يلى ذلك بنفسه دون التحكيم عليه لذوى عدل سواه يحكمان عليه بعد تخييره ما يريده من ذلك من غير أن يجبراه على غير إرادته، فإذا اختار ما يحكمان به عليه ثم حكما به، فقد انحتم وجوبه وسقط [ما بعد][3] خياره، وأصل الجزاء على التخيير دون الترتيب ويلزم التحكيم فى كل وقت، وفيما حكمت فيه الصحابة، وفيما لم تحكم فيه، والواجب فيه هدى كامل يسوقه من الحل إلى الحرم ولا يأكل منه ويطعم لمساكين الحرم دون غيرهم، ومحله منى إن وقف به بعرفة وإن فاته ذلك نحره بمكة.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال الجوهرى: اليربوع واحد اليرابيع والياء زائدة وقال ابن سيده: اليربوع: دابة والأنثى بالهاء ولم يفسره واحد منهما بصفته وقال أبو السعادات: اليربوع هذا الحيوان المعروف، وقيل: هو نوع من الفأر والياء والواو فيه زائدتان. انظر المطلع (ص ١٨١).

(٣) ما بين المعكوفين لم تثبت فى (أ).

فصل

وإنما قلنا: إن ما له مثل من النعم مضـمون (بمثله خلافًا لأبى حنيفة[١] فى قوله: إنه مضمون)[٢] بالقيمة لقوله عز وجل: ﴿فجزاء مـثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥]، ففيه أدلة:

أحدها: أن إطلاق المماثلة يقتضى الخلقة والصورة والجنس، فلما قيده بأن يكون من النعم علم بأنه أراد الخلقة من هذا النوع دون غيره.

والثانى: قوله: ﴿يحكم به ذوا عـدل منكم﴾ [المائدة: ٩٥]، وهذه الكناية عـائدة إلى الجزاء وهو المثل من النعم ولا ذكر للقيمة للظاهر.

والثالث: قوله: ﴿هديًا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥]، فـأوجب أن يكـون نفس الشىء المحكوم به هديًا بالغ الكعبـة، وهذا لا يمكن فى القيمـة دون أن تبدل، وإنما يصح فى المثل، وقوله ﷺ: «الضبع صيد وفيها كبش إذا أصابها المحرم»[٣]، ففيه أدلة:

أحدها: أنه عين الواجب فـيها وهو الكبـش، وعند المخالف أن الواجب القيـمة من غير تعيين.

والثانى: أنه ﷺ جـعل فيـها جـزاء مـقدرًا وعندهم لا يتـقـدر، لأنه يزيد وينقص باختلاف القيم.

والثالث: أنه أوجب كـبشًا وعندهم يجب تـارة كبـشًا، وتارة دونه، وتارة أكثـر منه بحسب اخـتلاف القيمـة، ولأنه إجماع الصـحابة روى عن عمـر وعثمان وعلى وعـبد الرحمن بن عوف وابن عمر وابن عبـاس وزيد بن ثابت وابن مسعود وعائشة رضى الله عنهم أجمعين[٤] ولا مخـالف لهم[٥]، ولأنه حـيوان يخرج فـى كفارة، فـوجب أن لا يكون على وجه القيمة كإعتاق الرقبة.

---

(١) الهداية للمرغينانى (١/ ١٨٣) الاختيار للموصلى (١/ ٢١٩).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) أخرج هذه الآثار: البيهقى فى سننه (٥/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧) والشافعى فى الأم (٢/ ١٩٠).
(٥) انظر المغنى لابن قدامة (٣/ ٥٣٥).

فصل

وإنما قلنا: إن ما لا مثال له فيه حكومة: وهى وجوب قيمة لحمه لأن هذه سبيل سائر المتلفات أن المراعى فيما له مثل وجوب مثله، فإن عدم المثل فالقيمة قائمة مقامه كالغصب وغيره، ولأن الناس قائلان: فمعتبر للقيمة فى جميع الصيد ومقتصر بها على ما لا مثل له من النعم، فقد تضمن ذلك الإجماع على اعتبار القيمة فيما لا مثل له.

فصل

وإنما قلنا: إن كفارة قتل الصيد على التخيير دون الترتيب خلافًا لما يحكيه بعض أهل الخلاف عن ابن عباس وغيره من كونها على الترتيب[1] لقوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم...﴾ إلى قوله: ﴿أو كفارة طعام مساكين﴾ [المائدة:٩٥] أو عدل ذلك صيامًا أو موضوعة للتخيير إذا وردت لغير الشك مثل الأمر أو إباحة جنس، ولأن الصيغة هاهنا كهى فى قوله تعالى: ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة: ١٩٦]، معلوم أن مفهومها فى ذلك الموضع التخيير فكذلك [هاهنا][2] فى مسألتنا، ولأنه حق لزم بإتلاف صيد كان ممنوعًا لحرمة الإحرام، فوجب أن يكون على التخيير، أصله: كفارة الأذى.

فصل

وإنما قلنا: إنها مقصورة على هذه الأنواع الثلاثة، وهى المثل من النعم فيما له مثل منه أو الإطعام أو الصيام أو القيمة فيما لا مثل له لأن النص ورد بحصرها على ذلك دون زيادة عليه، واعتبارًا بفدية الأذى بعلة ما قدمناه.

فصل

وإنما قلنا: [إنه ليس][3] له إخراج شىء من ذلك بنفسه دون التحكيم فيه لورود

(١) قال ابن قدامة: (وعن أحمد رواية ثانية أنها على الترتيب فيجب المثل أولاً فإن لم يجد أطعم فإن لم يجد صام وروى هذا عن ابن عباس والثورى لأن هدى المتعة على الترتيب وهذا أوكد منه لأنه بفعل محظور) انظر المغنى (٣/ ٥٤٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ثبت فى (ب) (إنه يجوز) وهو خطأ لا يوافق سياق الكلام.

النص باشتراط التحكيم لقوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم﴾ [المائدة:٩٥]، ولا خلاف فى ذلك.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يكتفى بأقل من اثنين لقوله تعالى: ﴿ذوا عدل منكم﴾ [المائدة:٩٥]، ولأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه دعا عبد الرحمن بن عوف [رضى الله عنهما][١] ليحكم معه على رجل قتل ظبيًا وهو محرم[٢]، وكذلك دعا كعبًا فى قصة أخرى[٣]، ولأنه عدد مشترط بالنص فى ما يتعلق بالتحكيم كالحكمين فى النشوز، ولأنه عدد منصوص عليه فيما يتعلق بتكفير لزم لنقص فى الإحرام كالصيام وعدد المساكين فى فدية الأذى.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يكون القاتل أحد الحكمين خلافًا للشافعى[٤]، لقوله تعالى: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ [المائدة:٩٥]، فخاطب، بذلك من يلزمه التحكيم فاقتضى أن يكون الحكمان غير المحكوم عليه كما قال: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [المائدة:٦٥]، فاقتضى أن يكون الشاهد غير المشهود عليه، ولأن حكم الإنسان على نفسه غير متصور، ولأن الحكم كما يقتضى حاكمًا فيقتضى محكومًا عليه غيره كاقتضائه محكومًا له غيره، ولأن الجزاء بدل للمتلف فلم يرجع فيه إلى أمانة المتلف كتقويم المتلفات.

فصل

وإنما قلنا: إنهما يخبرانه لورود النص بذلك، وإنما ينحتم عليه النوع الذى يكفر به بعد اختياره وحكمهما عليه بما يختاره.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) البيهقى فى سننه (٥/٢٩٦ ـ ٢٩٧).

(٣) الموطأ للإمام مالك فى الحج (١/٣٥٢).

(٤) قال الإمام النووى: (وهل يجوز أن يكون قاتل الصيد أحد الحكمين أو يكون قاتلاه الحكمين نظر فإن كان القتل عدوانًا فلا لأنه فسق وإن كان خطأ أو مضطر إليه جاز على الأصح ولو حكم عدلان أنه له مثلاً وعدلان لا مثل له فهو مثلى) روضة الطالبين (٣/١٥٨) المهذب للشيرازى (١/٢١٦).

فصل

وإنما قلنا: إن اختار التكفير بالإطعام قوَّم الصيد نفسه بالطعام لا المثل خلافًا للشافعي في قوله أن يقوم المثل(١) لقوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم...﴾ إلى قوله: ﴿أو كفارة طعام مساكين﴾ [المائدة:٩٥]، وظاهره يقتضي أن يكون الإطعام جزاء عن المقتول معتبرًا به دون المثل، ولأن المتلف هو الصيام دون المثل فوجب أن يكون هو المقوم كسائر المتلفات، ولأن الإطعام بدل عن نفس المتلف، فوجب أن يكون معتبرًا به لا بغيره أصله: المثل من النعم، ولأنه طعام مخرج في جزاء الصيد فوجب أن يكون معتبرًا بقيمة الصيد كالذي لا مثل له.

فصل

وإنما اخترنا أن يقوَّم الصيد دون أن يقوَّم الدراهم لأن الطعام بدل عن الصيد فوجب أن يقع التقويم به، وإنما يقوم بالدراهم إذا كانت هي المأخوذة في القيمة هذا هو المختار، فإن لم يفعل وقوم الصيد دراهم ثم قوِّمت طعامًا جاز لأن ذلك يؤول إلى معرفة القيمة من الطعام.

فصل

ويقوَّم بالطعام في الموضع الذي [قتل](٢) فيه إن كان هناك طعام يقوم بغالب طعام ذلك المكان إلا أن يكون موضعًا لا طعام فيه ولا قيمة، فيعدل إلى أقرب المواضع إليه لأنه لا يوصل إلى معرفة قيمته بأكثر من ذلك.

فصل

وإنما قلنا: إنه يطعم لكل مسكين مدًا مدًا اعتبارًا بسائر الكفارات أنه لا يزاد فيها على مد، وفدية الأذى ليست بكفارة، وإنما هي فدية وعلى أنها مخصوصة بتقدير الصيام فيها بالأيام مع التخيير في جميعها.

---

(١) روضة الطالبين (٣/١٥٦) المهذب للشيرازي (١/٢١٦).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

إنما قلنا: إنه إن اختار الصوم صام عن كل مد يومًا خلافًا لأبى حنيفة[١] فى قوله: إنه يصوم عن كل مدين يومًا اعتبارًا بكفارة الفطر فى رمضان، لأنه صيام بدل عن طعام، فوجب لحرمة عبادة ولا يدخل عليه كفارة الظهار لأنه ليس لحرمة عبادة ولا فدية الأذى لأنه جعل فيه مكان أربعة أمداد يومًا، وذلك غير معتبر هاهنا.

فصل

وإنما قلنا: إنه يجبر كسر المد بصوم يوم كامل لأن إسقاط الصوم غير جائز وتبعيضه غير ممكن فلم يبق إلا جبره بالإكمال كالأيمان فى القسامة.

فصل

وإنما قلنا: إن التحكيم يلزم فيما حكمت فيه الصحابة، وفيما لم تحكم خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يكتفى فيما حكمت فيه الصحابة بما تقدم الحكم به[٢] لقوله عز وجل: ﴿ومن قتله منكم متعمدًا فجزاء...﴾ إلى قوله: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ [المائدة:٩٥]، فعم من الجهتين، ولأنه صيد لزم بقتله الجزاء فلا بد من التحكيم فيه، أصله: ما لم تمض فيه حكومة.

فصل

وإنما قلنا: إن الواجب فيه هدى لقوله تعالى: ﴿هديًا بالغ الكعبة﴾ [المائدة:٩٥]، ولا بد أن يساق من الحل إلى الحرم ـ أعنى الهدى ـ خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى فى قولهما: إن اشتراه من الحرم ونحوه أجزاه[٤]، لأن النبى ﷺ ساق هديه من الحل إلى الحرم[٥]،

---

(١) قال المرغينانى: (وإن اختار الصيام يقوم المقتول طعامًا ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير يومًا) الهداية (١/ ١٨٥) الاختيار للموصلى (١/ ٢٢٠).

(٢) قال الشيرازى: (فما حكم فيه الصحابة فلا يحتاج إلى اجتهاد ومالم تحكم فيه الصحابة يرجع فى معرفة المماثلة بينه وبين النعم إلى عدلين من أهل المعرفة) المهذب (١/ ٢١٦).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٢٠٢).

(٤) الأم للشافعى (٢/ ١٥٧).

(٥) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٦٣٤) ح (١٦٩٤ ـ ١٦٩٥).

وكان فعله بيانًا للمناسك، ولأنه لو اشتراه فى الحل ونحره هناك لم يجزه لأنه لم يجمع له الحل والحرم، وكذلك إذا أفرده بالحرم لا يجزيه، فإن وقف به بعرفة نحره بمنى، وإن لم يقف به نحره بمكة، لأن النحر فى الحج لا يكون إلا بأحد هذين الموضعين: إما منًى، أو مكة، فإذا لم يكن يوجد فيه شرط النحر كان النحر بمكة.

فصل

فأما تفصيل أمثال الصيد من النعم: ففى النعامة بدنة، وذلك حكمت الصحابة لأنها أشبه شىء بها من بهيمة الأنعام، وفى حمار الوحش والإبل بقرة لأنها أقرب شبهًا به من الإبل والغنم.

وفى الغزال شاة لأنه أشبه به من الإبل والبقر وعلى هذا تجرى مسائله[1].

وفى حمام مكة شاة وفى حمام الحرم شاة، واختلف فيه، فقيل: هذا، وقيل: حكومة، وفى حمام الحل حكومة، وفى بيض النعامة عشر ثمن البدنة، وفى بيض الطير عشر ثمن ما يجب فى أمه، وفى سائر الطير والوحش مما لا مثل له الاجتهاد كالأرنب واليربوع والصقر والبازى، والسمان، والدراج[2]، وغير ذلك، ويجب فى صغار الصيد الذى ليس له مثل من النعم، مثل ما يجب فى كباره.

فصل

وإنما قلنا: فى حمام مكة شاة لحكم الصحابة بذلك[3]، وإنما قلنا: فصلنا فى حمام الحرم والحل لحرمة الحرم وكثرة الحمام بمكة وتأكيد حرمتها.

وإنما قلنا: إن فى بيض النعامة عشر من البدنة خلافًا للشافعى فى قوله: إن الواجب فيه قيمة البيضة[4]، لحكم الصحابة بذلك واعتباراً بالجنين أن فيه عُشر ما يجب فى أمه.

(١) انظر المدونة الكبرى (١/ ٣٣٤).

(٢) هو نوع مُن أنواع الطيور.

(٣) قال النووى: (وبيض الطائر المأكول مضمون بقيمته فإن كانت مذرة فلا شىء عليه بكسرها إلا بيضة النعام ففيها قيمتها لأن قشرها قد يتنفع به) روضة الطالبين (٣/ ١٤٥) الأم للشافعى (٢/ ١٦٣).

(٤) انظر البيهقى فى الحج (٥/ ٣٣٦) روى ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وابن عباس وابن المسيب رضى الله عنهم جميعًا.

وإنما قلنا: إن فيما سوى ذلك الاجتهاد لأنه لا مثل له من النعم فلم يبق إلا الاجتهاد.

فصل

وإنما قلنا: إن فى صغار الصيد من المثل من النعم مثل ما فى كباره خلافًا للشافعى فى قوله: إن فى النعامة الكبيرة بدنة وفى الصغيرة فصيلاً وفى حمار الوحش بقرة، وفى سخله عجلا[1]، لقوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥]، فلو تركنا هذا لقلنا فى الصغر والكبر والصورة، فلما قال: ﴿هديًا بالغ الكعبة﴾ [المائدة:٩٥]، اقتضى ما يتناوله اسم الهدى نحو الإطلاق، وذلك يقتضى الهدى التام لأمرين: أحدهما: أن الصحابة قالت: الهدى بدنة أو بقرة وأدناه شاة، فعمت جنس الهدى فلم يبق هدى إلا ما هذا وصفه.

والآخر أن من قال لله علىَّ هدى لزمه هدى تام لا صغير ولأنه حيوان مخرج باسم الكفارة، فلم يختلف باختلافه، أصله: الرقبة فى كفارة القتل والظهار، ولأنه دم وجب لمعنى محظور فى الإحرام. فوجب أن يكون دمًا تامًا كاملاً، أصله: نسك الأذى، ولأنه دم لا يجوز نحره فى غير الحرم فلم يجز فيه الصغير، أصله: دم المتعة والقران.

فصل

وللمحرم قتل الحية والعقرب والفأرة والزنبور[2] من غير خلاف[3]، والأصل فيه قوله ﷺ: «خمس من الدواب ليس على المحرم فى قتلهن جناح: فذكر الحية والعقرب والفأرة والكلب العقور»[4]، وفى حديث ابن مسعود قال: كنا مع النبى ﷺ ليلة عرفة، فخرجت حية فقال: «اقتلوا، اقتلوا» فسبقتنا[5].

---

(١) انظر الأم للشافعى (٢/ ١٧٠) روضة الطالبين (٣/ ١٥٩).

(٢) الزنبور بالضم ذباب كسَّاع القاموس المحيط (٢/ ٤١).

(٣) مجموع شرح المهذب (٧/ ٣٣٥).

(٤) أخرجه البخارى فى جزاء الصيد (٤/ ٤٢) ح (١٨٢٨) ، ومسلم فى الحج (٢/ ٨٥٨) ح (١١٩٩/٧٦).

(٥) أخرجه البخارى فى جزاء الصيد (٤/ ٤٢) ح (١٨٣٠) ، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٥٥) ح (٢٢٣٤/١٣٧).

فصل

وله عندنا قتل السباع العادية المبتدئة بالضرر من الوحش والطير مثل: الأسد والذئب والنمر والفهد والكلب العقور وما أشبهها ولا جزاء عليه، ومن الطير: الغراب والحدأة.

ووافقنا أبو حنيفة فى الذئب والكلب العقور، ويخالفنا فى السبع والفهد والنمر وغيرها من السباع، فقال: لا يقتل شيئًا من ذلك، وإن قتله فداه[1].

وقال الشافعى: كل ما لا يؤكل لحمه من الصيد فلا فدية فيه إلا فى السبع وهو المتولد بين الذئب والضبع[2]، فدليلنا على أبى حنيفة ما رواه أبو سعيد أن النبى ﷺ سئل: ما يقتل المحرم؟ فذكر: الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادى، وقوله: «خمس ليس على المحرم فى قتلهن جناح فذكر الكلب العقور[3]، واسمه يعم الأسد وغيره، ولأنه لما أبيح قتل الكلب العقور والذئب وسقط الجزاء فيه للضرر الواقع منه، وابتداؤه بالعدو والفرس، وكان الأسد أدخل فى هذه المعانى من كل ما عداه وضرره أشد كان بإباحة القتل أولى، ولأن بما فيه من الصيد لا يضمن إلا بأحد وجهين: إما بمثله فى الخلقة أو بكمال قيمته، وكل ذلك معلوم فى السبع لأن المخالف لا يراعى المثل فى الخلقة ولا يوجب فيه كمال القيمة لأنه يقول: إن زادت قيمته على قيمة شاة لم يجب كمالها، فدل على أنه لا يضمن بالقتل.

ودليلنا على وجوب الجزاء فى الصقر والبازى والثعلب وكل متوحش لا يؤكل لحمه خلافًا للشافعى[4]، لقوله تعالى: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرمًا﴾ [المائدة:٩٦]، وقوله: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة:٩٥] فعم، ولأنه حيوان برى ممتنع لا يبتدئ بالضرر غالبًا، فكان مضمونًا بالجزاء، أصله: الضبع.

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٨٦ ـ ١٨٧).

(٢) انظر مجموع شرح المهذب (٧/ ٣٣٦) روضة الطالبين (٣/ ١٤٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) روضة الطالبين (٣/ ١٤٦) مجموع شرح المهذب (٧/ ٣٣٦).

باب : أضرب الحج

الإحرام على ثلاثة أضرب: إفراد[١] ، وتمتع[٢] ، وقران[٣] :

فالإفراد: هو أن يحرم بالحج على انفراده من غير إضافة العُمرة إليه، أو بالعمرة على انفرادها من غير أن يجمع بينها وبين الحج فى عقد الإحرام ويعرى من صفة التمتع، [ولا يتبين وصفه على الحقيقة إلا بعد أن يتبين صفة القِران والتمتع][٤]، فيعلم أن الإفراد هو ما يعرى عن صفاتهما.

فأما القِران: فعلى وجهين: أحدهما: أن يبتدئ الإحرام بالعُمرة والحج معًا فى حال واحد ينوى بقلبه ويعتقد أنه داخل فيهما مقدمًا للعمرة فى نيته من غير اعتبار بلفظه، فهذا يكون قارنًا إذا فعل ذلك بالنية والعقد دون الفعل؛ لأن فعله لا يزيد على فعل المفرد فى الطواف والسعى والفدية وجزاء الصيد، ولا يؤثر قرانه فى زيادة على فعل المفرد، وإنما يؤثر فى المفرد يكون فعله للحج وحده، والقِران يكون فعله للعبادتين، ويلزمه الهدى لقرانه إذا لم يكن مقيمًا بمكة متوطنًا على ما سنذكره.

والضرب الآخر: أن يبتدئ الإحرام بالعمرة مفردًا ثم يضف الحج إليها، ومعنى ذلك أن يجدد اعتقادًا أنه قد شرك بينها وبين الحج فى ذلك الإحرام، فهنا يكون قارنًا كالمبتدئ بعقد الإحرام لهما.

واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يكون له ذلك فيه: فقيل ذلك له ما لم يشرع فى الطواف، فإن شرع فيه ولو شوطًا واحدًا، فقد فاته القران، وقيل: ما لم يطف ويركع ويكره له[٥] بعد الطواف وقبل الركوع، فإن فعل لزمه، فأما بعد الركوع فقد فاته ـ دخل فى السعى أو لم يدخل ـ وقيل له ذلك ما بقى عليه شىء من عمل العمرة من طواف أو

---

(١) الإفراد فى الحج الإحرام بنية الحج فقط، شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٨١).

(٢) هو إحرام من أتم ركن عمرته ولو بآخر شرط فى أشهر الحج عامة لا حلقها) شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٨١).

(٣) القِرَان: الإحرام بنية العمرة والحج. شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٨١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٨٤).

سعى، واتفق على أنه إذا فرغ من السعى وبقى عليــه الحلاق فقد فاته القِران، وإذا قرن بعد الفوات على الاختلاف فيه، وقد بقى عليـه من عمل العمرة، فقد اختلف فى لزوم الحج له بعد فـراغه من العمـرة وتحلله: فقيل يلزمــه الحج مبتدئًا بالإحـرام، وقيل: لا يلزمه، وتحرير القول فى صفته: أن يشـرك غير المكى بين العمرة والحج فى إحرام واحد مقدمًا للعمرة عقداً أو إردافًا على الاختلاف الذى ذكرناه فى وقته، هذا على قول مالك وأكثر أصحابنا، وأما عبد الملك فعنده أن القارن من أهل مكة عليه دم القِران، فلا معنى لاشتراط كونه من غير أهل مكة[1] على قوله، ولسنا نريد باشتراطنا أن يكون غير مكى أن المكى إذا قرن على الصفة التى ذكرناها لم يكن قارنًا، لأن ذلك رفع الوجوب. وإنما نريد أنه ليس له حكم القارن فى وجوب الدم بالقِران ـ هذا الكلام فى صفة القِران ـ.

فأما التمتع: فأصله الذى أخـذ منه الجمع بين العمـرة والحج فى سفر واحد فـسمى ذلك متمتعًا لإسقاط أحد السفرين وتمتعه بذلك، وله شروط ستة:

أحدها: ما ذكرناه أن يجـمع بين العمرة والحج فى سفـر واحد لأنه إن عاد إلى بلده بعد تحلله من عمرته أو مثل بلده فى المسافة ثم سافر بالحج من عامه لم يكن بمتمتع لأنه لم يتمتع بإسقاط أحد السفرين.

والثانى: أن يكون ذلك فى عام واحـد، فإن حلَّ من العُمرة فأقـام إلى قابل ثم حج فليس بمتمتع، وإن كان السفر واحداً.

والثالث: أن يفعل العُمـرة أو شيـئًا منها فى أشهـر الحج، فلو حل منها قـبل دخول شوال ثم أنشأ الإحرام بالحج من عامه فى سفـره ذلك لم يكن متمتعًا وليس من شرطه أن يبتدئ الإحـرام بالعُمرة فى أشهر الحج بأن يكون متـمتعًا ـ وإن أحرم بها قـبل أشهر الحج إذ أتمها فى أشهره ـ.

والرابع: أن يقدم العُمرة على الحج، فـإن قدم الحج ثم أحرم بالعُمرة بعـد فراغه منه فى عامه ذلك فليس بتمتع.

والخامس: أن ينشئ الإحرام بالحج بعـد فراغه من العُمـرة وإحلاله منها، فـإن كان بخلاف ذلك كان قارنًا على ما قدمناه من بيان الإرداف، ولم يكن متمتعًا.

والسادس: أن يكون وطنه غير مكة من سائر الآفاق من الحرم أو الحل، فإن كان من

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٣٨٥).

مكة نفسها فليس بمتمتع، هذا جملة القول فى حصر شروطه، فإذا ثبت بما ذكرناه بيان صفة القران والتمتع، فالإفراد هو الإحرام العارى عن صفاتهما، ونحن ندل على جميع ذلك.

فصل

وإنما حصرنا قسمة الإحرام على هذه الأقسام الثلاثة، لأنه لا يتوهم خلوه من أحدها ولا يتصور وقوعه على وجه زائد عليها ولا ورود شرع بذلك كاف فى الاستدلال عليه.

فصل

وإنما قلنا: إن القران جائز لفعل الصحابة والسلف له، وإجماعهم على جوازه من غير خلاف بينهم فيه[1].

فصل

وإنما قلنا: إنه يجمع بين العُمرة والحج فى إحرام واحد، لأن ذلك فائدة وصفه بأنه قِران، ولأنه لو أفرد كل واحد منهما بإحرام لم يكن قارنًا، وكان لكل عبادة حكم نفسها فى استغنائها عن الأخرى.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يزيد على فعل المفرد خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن عليه طوافين وسعيين[2] لقوله ﷺ لعائشة رضى الله عنها: «طوافك بالبيت وسعيك بين الصفا والمروة يكفيك لحجك وعمرتك»[3]، وروى إسماعيل بن إسحاق (يجزيك)[4]، وهذا نص لأن عند أبى حنيفة لا يقع به إجزاء ولا كفاية، ولأنه نسك يؤتى به فى الحج والعُمرة معًا، فوجب أن يكتفى القارن منه بواحد، أصله: الحلاق، ولأن العُمرة لو كانت لا تدخل

(١) انظر المغنى لابن قدامة (٣/ ٢٣٢).

(٢) قال المرغينانى: (فإذا دخل مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة أشواط يرمل فى الثلاث الأول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه أفعال العمرة ثم يبدأ بأفعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة أشواط ويسعى بعده) انظر الهداية (١/ ١٦٧) الاختيار للموصلى (١/ ٢١٢).

(٣) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ٨٧٩) ح (١٣٢/ ١٢١١)، وأبو داود فى المناسك (٢/ ١٨٧) ح (١٨٩٧)، وأحمد فى المسند (٦/ ١٣٩) ح (٢٤٩٨٥).

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ٨٨٠) ح (١٣٣/ ١٢١١) بلفظ (يجزى عنك... إلخ).

فى أفعال الحج لم يجز الجمع بينهما لأن كل عبادتين لا تتداخلان فالجمع بينهما غير جائز كالصلاتين والحجتين، فلما أجاز الجمع بينهما علمنا أنهما تتداخلان كالطهارة.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا قتل صيداً كفاه جزاء واحد، وكذلك فدية واحدة فى التطيب واللباس والحلق وغيره من ممنوعات الإحرام، وهدى واحد للفساد خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن عليه فى كل ذلك جزائين وفديتين[1].

والأدله هاهنا مفروضة فى جزاء الصيد وما عداه يلحق به بالإجماع على أنه لا فرق بينهما لقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء﴾ [المائدة:٩٥]، فأوجب على قاتل الصيد جزاء واحد، ولم يفرق بين أن يكون قارناً أو مفرداً، ولأنهما حرمتان لو انفردت كل واحدة منهما بقتل الصيد فيها للزمه الجزاء لهـا، فإذا اجتمعتا كفاه لها جزاء واحداً، أصله: المحرم إذا قتل صيداً فى الحرم، ولأنه إحرام واحد، قتل فيه صيداً واحداً فلزم فيه جزاء واحد كإحرام المفرد.

فصل

وإنما قلنا: إنه يكون على الوجهين اللذين ذكرناهما، لأن ذلك مروى عن السلف على هذا الوجه دون غيره فقصرناه لذلك عليه، ووجه القول بأن ذلك له ما لم يشرع فى بعض الطواف، فإن شرع فى شىء منه فقد فاته القران إن كان شروعه فيه على وجه يستحق إتمامه على ذلك الوجه، فليس له نقله إلى غيره لأن فى ذلك نقصاً لما أوجبه على نفسه ونقصاً مما ألزم نفسه إكماله، وذلك غير جائز، ويفارق الطواف الإحرام لأن الإحرام ابتداء يراد لما بعده، فإذا لم يشرع فى مقصوده وسع له أن يقصر إرادته به على أحدهما أو عليهما.

فصل

ووجه القول بأن ذلك له ما لم يكمل طوافه وركوعه، فلأن الطواف ما لم يكمل فلم يتقرر حكمه ولم يأت بركن من أركان العمرة فلم يمنعه ذلك من إضافة الحج إليها، فإذا

---

(١) قال الموصلى: (وكل ما على المفرد فيه دم على القارن فيه دمان لأنه جناية على إحرامين) الاختيار (١/ ٢٢٢) الهداية للمرغينانى (١/ ١٩٠).

فرغ من الطواف [لم يكن له ذلك لأن السعى قد لزمه عقيبه على الوجه الذى فعل عليه الطواف][1]، فليس له نقله إلى غيره، فأما إذا طاف ولم يركع فيكره له ذلك لأن الركوع لاتصاله بالطواف ومنع تراخيه عنه وتبعه له كأنه جزء منه.

وليس كذلك السعى لأنه وإن جمع هذه الأمور، فله حكم فى نفسه فى الوجوب وكونه ركنًا فهو فى هذا المعنى مساو للطواف غير تابع، فإن فعل لزمه لأن الطواف قائم بنفسه فى الحقيقة عدا الركوع بخلاف بعض أشواطه، ووجه القول بأن له ذلك ما بقى عليه شىء من عمل العمرة من بعض الطواف أو السعى هو أنه أردف الحج على عُمرة قد أحرم بها ولم يتحلل منها، فكان قارنًا، أصله: إذا أردفه قبل الطواف.

فصل

فإذا قيل: تلزمه حجة بعد الفوات، فلأنه أردف حجًا على عُمرة ولم يتحلل منها فتضمنه هذا الإرداف نسكين: أحدهما: الحج على نفسه، والآخر: تداخل العملين، فلما لم يصح تداخل العملين بطل الإرداف، ولم يبطل الإيجاب لأن بطلان غرضه لا يوجب بطلان أصله ألا ترى أن من أحرم لحج ثم فاته لم يجز أن يسقط عنه عمل العمرة لفوات غرضه، وإذا قلنا: إنه لا يلزم فلأنه أردف إحدى العبادتين على الأخرى على وجه لا يصح له، فلم يلزمه حكم بفعله، أصله: إذا أردف حجًا على حج أو عمرة على عمرة أو عمرة على حج.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا أردف عُمرة على حج، فإنه لا يلزمه ولا يكون قارنًا لأنه لا يستفيد بهذا الإرداف زيادة فعل إذ لا يفيد هذا الإرداف شيئًا لم يكن عليه بالإحرم الأول، فلم يكن له معنى.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا أردف حجًا على حج أو أحرم بحجتين معًا، فلا يلزمه خلافًا لأبى حنيفة[2] للمعنى الذى ذكرناه، وهو أنه لا يستفيد به شيئًا ولا يتسع الوقت لأدائهما فعلاً

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال ملك العلماء الكاسانى: (إذا أحرم بحجتين معًا أو بعمرتين معًا قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لزمتاه جميعًا وقال محمد: لا يلزمه إلا إحداهما) انظر بدائع الصنائع (٢/ ١٧٠).

فلم يلزم، ومتى فعل ذلك كان محرمًا بواحدة منهما.

فصل

ووجـه قول مـالك: إن القارن من أهل مكـة لا دم عليه لأن لم يلزمـه فى الأصل سفران، فيسقط أحـدهما فيلزمه الدم لذلك، وهذا المعنى هو الأصل فى لزوم الدم على القارن، ووجه قول عـبد الملك: أنه قد أسقط أحد العملين أتى بأحـدهما وهذا يستوى فيه المكى وغيره، وبذلك فارق المتمـتع لأن ما له وجب الدم على غير المكى معدوم فى المكى وهو تمتعه بإسقاط أحد السفرين.

فصل

وإنما شرطنا فى المتـمتع أن يجمـع بين العُمرة والحج فى سفـر واحد، لأن ذلك هو المعنى الذى له سمى متمتعًا، وهو تمتعه بـإسقاط أحد السفرين لأنه كان عليه فى الأصل أن ينشئ سفرًا للحج وسفرًا للعمرة فلما جـمع بينهما فى سفر واحد ترفه بذلك، وتمتع بإسقاط أحدهما فلزمه الدم بذلك.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا رجع إلى أفقه[1] أو مثله فى البعد ثم حج من عامه، فليس بمتمتع خلافًا لما يحكى عن الحسن[2] لأن ما قلناه مروى عن ابن عـمر، ولا مخالف له، ولأنه لم يحصل منه تمتع لأنه قـد أتى بالسفرين على مـا كان عليه فى الأصل، ومجـرد فعل العُمرة فى أشهر الحج لا يكون تمتعًا إلا إذا كان تابعًا للترفه بالسفر.

فصل

وإنما راعينا فى الرجوع أن يكون إلى أفـقه أو إلى مثله فى البعد خـلافًا للشافعى فى قوله: إنه إذا رجع إلى الميـقات وأحرم بالحج لم يكن متـمتعًا[3]، لأن التمتع هو الترفه

---

(١) يقصد به الأفق للحـاج وهو الناحية التى أتى منها ويختص فى باب الحج بالبـعد وكون الناسك بينه وبين مكة مسافة تزيد على مسافة القصر.

(٢) قال ابن أبى عمر المقدسى: (قال الحسن: هو متمتع وإن رجع إلى بلده واختاره ابن المنذر لعموم الآية) انظر الشرح الكبير للمقدسى الحنبلى (٢/ ١٢٣) ط/ دار الفكر.

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٤٧). المهذب للشيرازى (١/ ٢٠١).

بإسقاط أحـد السفرين، فيـجب أن يعتبر مـوضع السفر، فإن وجـد مترفًا فيـه بإسقاط أحدهما، فقد وجد فيه معنى التمتع [وقد علمنا أن البغدادى إذا أحرم بالعُمرة فى أشهر الحج وحل منها ثم خرج إلى ذات عرق أو إلى الطـائف أو غيرها ثم أحرم فلم يزل عنه الترفه والتمتع][1]، لأنه قد جـمع بين العُمرة والحج فى سفر واحـد، وأن هذا القدر لا تأثير له فى المشقة عندما كان عليه فى الأصل فصح ما قلناه.

فصل

وإنما شرطنا أن يحج من عامه لأن ذلك [مـبنى على أن يجمع بين العمرة والحج فى أشهـر الحج، فهذا لا يكون إلا إذا كان فى عـام واحد لأنه إذا كان فى عـامين لم يكن معتمرًا فى أشهر الحج الذى أتى به.

فصل

وإنما شرطنا أن يأتى بالعُمـرة فى أشهر الحج لأن ذلك][2] معنى التمتع، ولأن أصل الرخصـة به تعلقت وهى إيقـاع العُمرة فى أشهـر الحج الذى هو أولى بهـا لأن العرب كانت ترى ذلك تجوزًا، ولذلك راجعوه ﷺ لما أمرهـم أن يحلوا بعمرة[3] وإن ثبت ذلك تعلق وجوب الدم بهذه الرخصة.

فصل

وإنما لم يشـترط أن يبتدئ الإحرام بـها فى أشهـر الحج خلافًا للـشافعى فـى أحد قوليه[4]، لأن فعل العُمـرة فى أشهر الحج حاصل منه، كـما لو ابتدأ الإحرام بهـما فى أشهر الحج، ولأن الغرض ليس هو استيفاء جـميع عملها، وإنما هو عمل غير الحج فى أشهره سواء كان جميع العبادة أو بعضها.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) أخـرجـه الـبـخـارى : فى الحج (٣/٥٨٨) ح (١٦٥٠) ، ومـسـلم : فى الحج (٢/٨٨١) ح (١٣٧/١٢١٢).

(٤) قال النووى: (فلو أحرم بها قبل أشهره وأتى بجميع أفعالها فى أشهره ثم حج فقولان. أظهرهما نصه فى الأم: لا دم، والثانـى: نصه فى القديم «والإملاء» يجب الدم وقال ابـن سريج: ليست على قولين بل على حالين). انظر روضة الطالبين (٣/٤٨) والمهذب للشيرازى (١/٢٠١).

فصل

وإنما شرطنا أن يقدم العُمرة على الحج لقوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج﴾ [البقرة:١٩٦]، فيبدأ بالعُمرة فى الفعل، ولأن من شرط التمتع أن يجمع بينهما فى أشهر الحج، وذلك يتضمن تقدم العُمرة لأن فراغه من الحج هو بتقضى شهره إن قلنا: إن أشهر الحج تنقضى بعد العشر، وإن قلنا: إنها إلى آخر ذى الحجة فلأن الرُخصة تعلقت بأن يأتى بالعُمرة فى أشهر الحج فى الوقت الذى هو أولى أن يحرم فيه بالحج، وهذا لا يتصور بعد الفراغ فلذلك قلنا: إنه لا بد من تقديمها على الحج.

فصل

وإنما شرطنا أن يحل منها ثم ينشئ إحرامًا بالحج لوجوب الفصل بين صفة التمتع والقِران وليس ذلك إلا بالفصل بين الإحرام بهما، لأنه إن أحرم بهما معًا أو أردف الحج علىَ العُمرة صار قارنًا وزال الفصل بينهما.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون من غير أهل مكة لقوله تعالى: ﴿لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام﴾ [البقرة:١٩٦]، وهذا نص، ولأن التمتع مأخوذ من الترفه بإسقاط أحد السفرين، وذلك لا يتصور إلا فى غير المكى.

فصل

وإنما قلنا: إن حاضرى المسجد الحرام هم: أهل مكة نفسها دون من عداهم خلافًا لأبى حنيفة [فى قوله: من كان دون المواقيت إلى مكة[١]، وللشافعى فى قوله: إنهم من كان من الحرم على مسافة لا يقتصر فيها الصلاة[٢] ولغيرهما][٣] فى قوله: إنهم أهل الحرم[٤]، لقوله تعالى: ﴿لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام﴾ [البقرة:١٩٦]،

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٧١) الاختيار للموصلى (١/ ٢١٠).

(٢) قال الإمام النووى: (حاضرى المسجد الحرام هم من مسكنه دون مسافة القصر من الحرم. وقيل: من نفس مكة) روضة الطالبين (٣/ ٤٦) مجموع شرح المهذب (٧/ ١٧٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) روى ذلك عن مجاهد وطاوس ذكره ابن أبى عمر المقدسى فى الشرح الكبير (٢/ ١٢٣).

وحاضر الشيء لا يحتاج إلى تكلف مسير إليه من قطع مسافة للحصول فيه، وذلك مقصور على أهل مكة فقط، ولأن كل موضع ليس بمكة فأهله لا يوصفون بأنهم حاضروا المسجد الحرام كالمدينة والعراق.

فصل

وإنما قلنا: إن التمتع جائز لقوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى﴾ [البقرة:١٩٦]، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم تمتعوا وقرنوا وأفردوا(١)، واختلف في حج النبي ﷺ، وإن كان الظاهر أنه أفرد(٢).

فصل

ويجوز للمكي خلافًا لأبي حنيفة في قوله: ليس له ذلك(٣) لعموم الظاهر، ولأن كل من جاز له الإفراد جاز له التمتع والقِران، أصله: غير المكي وقد دللنا أنه لا دم عليه خلافًا لأبي حنيفة.

فصل

فإذا ثبت ما ذكرناه فالإفراد أفضل من التمتع والقِران والتمتع أفضل من القِران، وإنما قلنا: إن الإفراد أفضل من الأمرين خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنهما أفضل منه(٤)، وللشافعي في قوله: إن التمتع أفضل من الإفراد(٥)، لأن النبي ﷺ أفرد بالحج(٦)، ورواية عائشة رضي الله عنها أرجح من رواية غيرها، ولأن الأفضل أن يؤتى بالعبادة منفردة بنفسها من غير خلط لها بغيرها، ولأن القِران والتمتع يتضمنان من الرخص ما يوجب

(١) أخرجه البخاري: في الحج (٣/ ٤٩٢) ح (١٥٦١)، ومسلم: في الحج (٢/ ٨٧١) ح (١٢١١/١١٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال المرغيناني: (وليس لأهل مكة تمتع ولا قران وإنما لهم الافراد خاصة) الهداية (١/ ١٧١) الاختيار للموصلي (١/ ٢١٠).

(٤) انظر الاختيار (١/ ٢٠٩ ـ ٢١١) الهداية للمرغيناني (١/ ١٦٩).

(٥) قال النووي: (وأفضلها الإفراد ثم التمتع ثم القران هذا هو المذهب والمنصوص في عامة كتبه وفي قول: التمتع أفضل ثم الإفراد وحكى قول: أن الأفضل الإفراد ثم القران ثم التمتع وقال المزني وابن المنذر وأبو إسحاق المروزي: أفضلها: القِران). روضة الطالبين (٣/ ٤٤).

(٦) تقدم تخريجه.

النقص والجبران من إيقاع العُمرة فى أشهر الحج والترفه بإسقاط أحد السفرين وجعل الفعلين واحدًا، وكل ذلك نقص يوجب جبرانًا، والعبادة التى لا نقص فيها ولا تحتاج إلى جبران [أفضل مما خالفها.

فصل

وإنما قلنا: إن الدم الواجب بالتمتع والقِران جبران][1]، لأنه دم يختص وجوبه بالإحرام فوجب أن يكون لنقص وجبران، أصله: دم الجزاء ونسك الأذى، ولأنه دم يجب بترك الميقات، وكان كالدم على من جاوز الميقات.

فصل

وإنما قلنا: إن التمتع أفضل من القِران لأنه يأتى بالعملين على تمامهما، ولأن المعانى الموجبة للدم فى القِران أكثر منها فى التمتع، وكلما قل ما يقتضى النقص كان العمل أفضل.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه أن التمتع والقِران نقص فى الإحرام، فالدم واجب بها لقوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج، فما استيسر من الهدى﴾ [البقرة:١٩٦]، (وقالت عائشة رضى الله عنها: أهدى رسول الله ﷺ عن نسائه البقر وكن متمتعات[2].

فصل

وهذا الدم هدى لقوله تعالى: ﴿فما استيسر من الهدى﴾ [البقرة:١٩٦])، ولا بد فيه من الجمع بين الحل والحرم خلافًا للشافعى[3]، لأنه ﷺ ساق هديه من الحل إلى الحرم فوقف به بعرفة ثم أدخله الحرم ونحره[4]، وقال: «خذوا عنى مناسككم»[5]، ولأن اسم

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه البخارى : فى الحج (٣/ ٦٤٣ ـ ٦٤٤) ح (١٧٠٩) ، ومسلم : فى الحج (٢/ ٩٥٦) ح (١٣١٩/٣٥٧).

(٣) روضة الطالبين للنووى (٣/ ١٨٧). مغنى المحتاج (١/ ٥٣٠).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

الهدى مأخوذ من الهدية والإهداء، فيجب أن يهدى من غير الحرم إلى الحرم، ولأن المحرم لما كان يجمع فى إحرامه بين الحل والحرم، فكذلك فى هديه لأن الهدى له محل كما أن الإحرام له محل.

فصل

ولا يجوز نحر هدى التمتع والقِران قبل يوم النحر خلافًا للشافعى[1] لقوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله﴾ [البقرة:١٩٦]، وقد ثبت أن الحلاق لا يجوز قبل يوم النحر، فدل على أن الهدى لا يبلغ محله إلا يوم النحر والظاهر لاستغراق الجنس وقوله ﷺ: «لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عُمرة»[2]، ولو كان النحر جائزًا قبل يوم النحر لم يتأسف على ذلك لأنه وقت لا يتحلل فيه كما قبل الإحرام.

فصل

وإن لم يجد الهدى صام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع لورود النص بذلك، ووقت الصوم من بعد الإحرام بالحج إلى يوم عرفة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله أن يصوم عقيب إحرامه العُمرة[3]، لقوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعُمرة إلى الحج﴾، ومن لم يحرم بالحج فليس بمتمتع، ولأن قوله فى الحج يقتضى أن يكون بعد التلبس بالحج، ولأنه صوم علق وجوبه بشرط فلم يجز تقديمه قبل وجود شرطه، أصله: الكفارة، ولأنه جبران للتمتع كالهدى.

فصل

فإن فاته ذلك كله صام أيام مِنًى، وقد ذكرناه فى كتاب الصوم، وإن فاته صوم أيام مِنًى صام بعدها قضاء، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يصومها ويشتر الهدى فى ذمته[4] لأنه صوم واجب فجاز أن يفعل أداء وقضاء، أصله: صوم رمضان وكفارة

---

(١) روضة الطالبين (١٨٧/٣) مغنى المحتاج (١/ ٥٣٠).

(٢) أخرجه البخارى: الحج (٥٨٨/٣) ح (١٦٥١)، ومسلم: الحج (٨٧٩/٢) ح (١٣٠/١٢١١).

(٣) انظر الاختيار للموصلى (٢٠٩/١) الهداية للمرغينانى (١/ ١٧٠).

(٤) قال المرغينانى: (ولا يؤدى بعدها لأن الصوم بدل والأبدال لا تنصب إلا شرعًا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الأصل وعن عمر رضى الله عنه أنه أمر فى مثله بذبح الشاة فلو =

الظهار، ولأن الصوم معنى يسقط به ما لزم بتمتعه فلم يمتنع فعله بعد خروج وقته، أصله: الهدى، لأنه لو أخره عن وقته للزمه نحره بعد الوقت.

فصل

وإذا عدم الهدى فصام يومًا أو يومين ثم وجده استحببنا له أن يهدى، فإن مضى على صومه جاز خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: أن يهدى إذا وجده قبل الفراغ من الثلاثة وأنه يمضى على صومه إذا وجده فى صوم السبعة[1]، لأنه بدل تلبس به عند عدم المبدل مقصود فى نفسه، فلم يلزمه الخروج منه بوجود المبدل اعتبارًا بوجوده بعد الدخول [فى صوم السبعة وتقييده احترازًا من وجود المتيمم الماء قبل الدخول فى][2] الصلاة.

فصل

ويصوم السبعة إذا رجع إلى أهله لقوله تعالى: ﴿وسبعة إذا رجعتم﴾ [البقرة:١٩٦] وذلك عندنا رخصة، فإن صامها فى الطريق أجزاه، خلافًا للشافعى فى أحد قوليه[3]، لقوله تعالى: ﴿وسبعة إذا رجعتم﴾ [البقرة:١٩٦]، فوجب تعليقه بأول الرجوعين، ولأن إضمار الرجوع إلى الحج أولى لأنه منطوق به، ولأنه فرع من أفعال الحج كما لو رجع إلى أهله.

فصل

إذا ساق فى العُمرة هديًا تطوعًا، ثم أحرم بالحج، فأراد أن يجعله عن قِرانه، فقد اختلف قوله فيه، والصحيح أنه لا يجزيه لأنه قد وجب بالتقليد والإشعار ولم يبق فيه إلا النحر فلم ينقل عن أصله.

= لم يقدر على الهدى تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدى). انظر الهداية للمرغينانى (١٦٨/١).

(١) قال الكاسانى: (ولو وجد الهدى قبل أن يشرع فى صوم ثلاثة أيام أو فى خلال الصوم أو بعد ما صام فوجده فى أيام النحر قبل أن يحلق أو يقصر يلزمه الهدى ويسقط حكم الصوم عندنا). انظر بدائع الصنائع (٢/ ١٧٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الإمام النووى: (وهل يجوز فى الطريق إذا توجه إلى وطنه فيه طريقان. المذهب: لا يجوز، وبه قطع العراقيون. والثانى وجهان أصحهما: لا يجوز) روضة الطالبين (٣/ ٥٤) مغنى المحتاج (٥١٧/١).

باب

يستحب للداخل إلى مكة محرمًا أن يدخل من كداء[١] الثنية التى بأعلى مكة، وأن يخرج منها لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل فى دخوله وخروجه[٢].

مسألة

إذا دخل مكة بدأ بالمسجد فيستلم الحجر بفيه إن قدر، فإن لم يقدر وضع يده عليه ثم وضعها على فيه من غير تقبيل، وإنما قلنا ذلك لما روى: «أنه ﷺ كان إذا دخل مكة لم يلو ولم يعرج دون المسجد»[٣].

وإنما استحببنا البداية بالشروع فى الطواف على كل شىء لأنه تحية للبيت كما أن الركوع قبل الجلوس تحية لسائر المساجد، ولأنه ﷺ كان يفعل، وإنما قلنا: يبدأ باستلام الحجر لما روى جابر وابن عمر أنه ﷺ بدأ بالحجر فاستلمه»[٤]، ولأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قبل الحجر وقال: «إنى لأقبلك وإنى لأعلم أنك حجر لا تنفع ولا تضر ولكنى رأيت رسول الله ﷺ يقبلك»[٥].

وإنما قلنا: إنه إذا لم يقدر وضع يده عليه [ثم وضعها على فيه ليكون ذلك عوضًا من التقبيل، ولأنه روى ذلك عن جماعة من الصحابة[٦].

---

(١) الكداء: اسم لعرفات أو جبل بأعلى مكة ودخل النبى ﷺ مكة منه، وجبل أخر يقرب عرفة وكدى بالضم جبل مسفلة مكة على طريق اليمن) انظر القاموس المحيط (٤/ ٣٨٢).

(٢) أخرجه البخارى : فى الحج (٣/ ٥١٠) ح (١٥٧٦) ، ومسلم : فى الحج (٢/ ٩١٨) ح (١٢٥٧/٢٢٣).

(٣) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٥٥٧) ح (١٦١٤ ـ ١٦١٥) ، ومسلم فى الحج (٢/ ٩٠٦) ح (١٩٠/ ١٢٣٥).

(٤) أخرجه الحاكم فى المستدرك (١/ ٤٥٥) من حديث أبى جعفر عن جابر وله شاهد من حديث ابن عمر الذى فى الصحيحين، انظر تلخيص الحبير (٢/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤)) ح (١٥).

(٥) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٥٥٥) ح (١٦١٠) ومسلم فى الحج (٢/ ٩٢٥) ح (٢٤٨/ ١٢٧).

(٦) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ٩٢٤) ح (٢٤٦/ ١٢٦٨).

فصل

يبدأ بالطواف من الركن الأسود والبيت على يساره فيطوف سبعة أشواط، الثلاثة الأولى منها خبب[(١)] والأربعة مشى، وكلما مر بالركن الأسود قبله إن قدر وإلا وضع يده عليه][(٢)]، على ما ذكرناه، ولا يستلم اليمانى ولكن يضع يده عليه ثم يضعها على فيه، فإن طاف منكسًا[(٣)] فلا يجزيه.

فصل

وإنما قلنا: يبدأ الطواف من الركن الأسود لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل به فاستلم الركن ثم رمل[(٤)].

فصل

وإنما قلنا: إنه يطوف والبيت على يساره لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل[(٥)]، فإن طاف منكسًا فلا يجزيه خلافًا لأبى حنيفة[(٦)]، لأنه ﷺ طاف والبيت على يساره غير منكوس، وقال: «خذوا عنى مناسككم»[(٧)]، ولأنه نسك مبنى على الحركة والتكرار، فلم يجز منكسًا كالسعى.

فصل

وإنما قلنا: إنه يطوف سبعة أشواط، لأن النبى ﷺ كذلك فعل[(٨)]، وهذا مما نقلته الأمة بالعمل، ولأنه نسك مبنى على الحركة والتكرار، فكان سبعًا كالسعى.

---

(١) هو ضرب من العدو أو كالرمل. القاموس المحيط (١/٥٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) التنكيس: قلب الشىء على رأسه ويقصد به هنا أن يطوف والبيت على يمينه.

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/٨٨٦) ح (١٤٧/١٢١٨)، وأبو داود فى المناسك (٢/١٨٩) ح (١٩٠٠) وابن ماجه فى المناسك (٢/١٠٢٢) ح (٣٠٧٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) قال الموصلى: (والتيامن واجب وهو أن يأخذ فى الطواف عن يمينه من باب الكعبة حتى لو طاف منكوسًا أو اكثره أعاد ما دام بمكة فإن لم يعد فعليه دم) الاختيار (١/٢٠٣).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

وإذا ترك شيئًا من أشواطه فلا يجزيه ولا ينوب عنه الدم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه إذا ترك أكثرها لم يجزه وإن ترك أقلها ثلاثة فدونها أجزاه وجبره بالدم[١]، لأنه ﷺ طاف سبعًا رمل ثلاثًا ومشى أربعًا[٢]، وقال: «خذوا عنى مناسككم»[٣]، ولأنه نقص من الأشواط السبعة كما لو اقتصر على ثلاثة.

فصل

وإنما قلنا: إن الثلاثة الأولى خبب والباقية مشى لأنه ﷺ كذلك فعل[٤]. وروى مثله عن أبى بكر وابن مسعود وغيرهم[٥].

وذكر ابن عباس السبب فى ذلك فقال: «قدم رسول الله ﷺ مكة فقال المشركون: إنه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حمى يثرب ولقوا منها شرًا، فأطلع الله تعالى نبيه على ذلك فأمرهم أن يرملوا الأشواط الثلاثة ولم يأمرهم بالأشواط كلها إبقاء عليهم، فلما رأوهم قالوا: هؤلاء الذين ذكرتم أن الحمّى نهكتهم هؤلاء أجلد منا»[٦].

وإنما قلنا: إنه يستلم الحجر كلما مر به، لما روى: «أنه ﷺ كان يفعل ذلك فى طوافه كلما مر على الركن»[٧].

فصل

ولا يجزئ الطواف إلا بطهارة خلافًا لأبى حنيفة[٨]، لقوله ﷺ: «الطواف بالبيت

---

(١) قال المرغينانى: (لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبه النقصان بسبب الحدث فتلزمه شاة فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود ويبعث بشاة) الهداية (١/ ١٧٩) الاختيار (١/ ٢٠٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر البيهقى فى الكبرى (١٣٢ ـ ١٣٣ ـ ١٣٤).

(٦) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٥٤٨ ـ ٥٤٩) ح (١٦٠٢) ومسلم فى الحج (٢/ ٩٢٣) ح (٢٤٠/ ١٢٦٦).

(٧) أخرجه الحاكم فى المستدرك (١/ ٤٥٦).

(٨) قال المرغينانى: (ومن طاف طواف الزيارة محدثًا فعليه شاة لأنه أدخل النقص فى الركن فكان =

صلاة إلا أن الله تبارك وتعالى أباح فيه النطق»[١]، وقالت عائشة رضى الله عنها: كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يطوف توضأ ثم طاف[٢]، وفى حديثها قالت: قدمت مكة فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: «افعلى ما يفعل الحاج غير ألا تطوفى بالبيت حتى تطهرى»[٣]، وفى حديث صفية أنها حاضت، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «أحابستنا هى»؟، قيل: إنها قد أفاضت، قال: «فلا إذن»[٤] ولأنها عبادة مختصة بالبيت فلم تجز إلا بطهارة كالصلاة.

فصل

ولا يجزئ الطواف داخل الحجر، خلافًا لأبى حنيفة[٥] لقوله ﷺ: «الحجر من البيت»[٦]، فإذا ثبت أنه من البيت لم يجزه أن يطوف فيه لقوله تعالى: ﴿**وليطوفوا بالبيت العتيق**﴾ [الحج:٢٩] وذلك يقتضى استيفاء جميعه، ولأنه ﷺ طاف خارج الحجر[٧]، وقد قال: «خذوا عني مناسككم»[٨]، واعتبارًا بالطواف داخل البيت.

فصل

إذا أتم الطواف ركع عند المقام ركعتين، وهما سنّة مؤكدة إن تركهما أتى بهما، فإن

= أفحش من الأول فيجبر بالدم وإن كان جنبًا فعليه بدنة والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفى بعض النسخ وعليه أن يعيد والأصح أنه يؤمر بالإعادة فى الحدث استحبابًا) الهداية للمرغينانى (١/ ١٧٩) بدائع الصنائع (٢/ ١٢٨).

(١) أخرجه الترمذى فى الحج (٣/ ٢٨٤) ح (٩٦٠) بلفظ: «الطواف حول البيت مثل الصلاة إلا أنكم تتكلمون فيه فمن تكلم فيه فلا يتكلمن إلا بخير» والحاكم فى المستدرك (١/ ٤٥٩) واللفظ له.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخارى: فى الحج (٣/ ٥٨٨) ح (١٦٥٠)، ومسلم: فى الحج (٢/ ٨٧٠) ح (١٢١١/١١١).

(٤) أخرجه البخارى: فى الحج (٣/ ٦٦٣) ح (١٧٣٣)، ومسلم: فى الحج (٢/ ٩٦٤) ح (١٢١١/٣٨٤).

(٥) انظر بدائع الصنائع (٢/ ١٣٢)، الهداية للمرغينانى (١/ ١٨٠).

(٦) انظر البيهقى (٥/ ١٤٦ ـ ١٤٧)، والحاكم فى المستدرك (١/ ٤٦٠).

(٧) أخرجه الحاكم فى المستدرك (١/ ٤٦٠).

(٨) تقدم تخريجه.

عاد إلى بلده فعليه دم، ثم يستلم الحجر بعد الركعتين إن قدر، ثم يخرج إلى الصفا والمروة ترى البيت، فيكبر ويهلل ويدعو ثم ينحدر ماشيًا حتى ينتهى إلى المروة، فإذا ظهر عليها فعل مثل ذلك حتى يستوى سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة، وذلك ثمانى وقفات أربع على الصفا وأربع على المروة، فهذا صفة الطواف والسعى.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا فرغ من الطواف ركع لأنه ﷺ كذلك فعل[١]، وعندنا أن الركعتين سنة مؤكدة لا تترك خلافًا للشافعى فى قوله: إنهما مستحبتان وليستا بسنتين[٢]، لقوله تعالى: ﴿واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى﴾ [البقرة:١٢٥]، فروى جابر بن عبد الله: «أنه ﷺ لما فرغ من الطواف تقدم إلى مقام إبراهيم فقرأ: ﴿واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى﴾ [البقرة:١٢٥] وصلى ركعتين»[٣]، وروى: «أنه ﷺ طاف راكبًا فلما فرغ نزل وصلى خلف المقام»[٤]، وهذا يدل على تأكدهما لما لم يصلهما على الراحلة، ولأن الطواف بالبيت من أركان الحج، فوجب أن يكون من توابعه ما هو واجب وجوب سنة كالوقوف بعرفة، لأن من توابعه المبيت بالمزدلفة.

فصل

وإنما قلنا: إنه يعود إلى الركن فيستلمه لما روى جابر: «أنه ﷺ طاف فرمل ثلاثًا ومشى أربعًا، ثم تقدم إلى مقام إبراهيم فركع، ثم عاد إلى البيت»[٥].

فصل

وإنما قلنا: إنه يأتى بالسعى عقيب الطواف والركوع، لأن رسول الله ﷺ فعل ذلك وأتى به على الصفة التى ذكرناها فى سياق وحديث جابر[٦].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٢٢٣) روضة الطالبين (٣/ ٨٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخارى: فى الحج (٣/ ٥٥٢) ح (١٦٠٧)، ومسلم: فى الحج (٢/ ٩٢٦) ح (١٢٧٢/٢٥٣).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

والسعى ركن لا ينوب عنه دم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه واجب وليس بركن فينوب عنه الدم[١]، لأنه ﷺ سعى، وقال: «اسعوا فإن الله كتب عليكم السعى»[٢]، ففيه أدلة:

أحدها: أن فعله على الوجوب وقد أتى به بيانًا قوله: «خذوا عنى مناسككم»[٣].

والثانى: قوله: «اسعوا»، وهذا أمر فهو على وجوبه.

والثالث: قوله: «فإن الله كتب عليكم السعى»، وهذا من أبلغ ما يدل على فرضه، ولأنه مشى ذو عدو سبع كالطواف، ولأن كل ركن فى العمرة، فإنه ركن فى الحج كالطواف.

---

(١) الاختيار للموصلى (١/ ١٩٥) الهداية للمرغينانى (١/ ١٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

باب

الطـواف فى الحج ثلاثـة أطواف[١]: طواف القـدوم، وطواف الإفـاضـة، وطواف الصدر، وهو طواف الوداع، والسعى واحد يؤتى به عـقيب طواف القدوم إلا أن يفوت فيؤتى به عقيب طواف الإفاضة، وطواف القدوم واجب وجوب السنة، وطواف الإفاضة فرض وطواف الوداع سنة.

وسُنَّ طواف القدوم لمن جـاء قادمًا [إلى مكة][٢] من غيرها دون من كـان بها، فإذا فرغ منه ومن السعى، فإن كان عليه فى الوقت فضل خرج إلى مِنَى يوم التروية، فصلى بها الظهر والعصر والمـغرب والعشاء والفجر، ثم مضى منها إلى عرفـة وقطع التلبية بها بعد الزوال، فـيجمع بهـا مع الإمام الظهر والعـصر ثم الوقوف، بـحيث يقف الناس، والاستحباب أن يكون راكبًا، وبأى موضع شاء وقف سوى بطن عرنة[٣]، ويقف إلى أن تغرب الشمس ثم يمـضى إلى مزدلفة، [ولا بد من جزء من الليل، فإن فـاته ذلك فقد فاته الحج، وإن وقف جزءاً من الليل من أوله أو آخـره، فقد أدرك الحج وقف نهاراً أو لا، فإذا أتى مزدلفة][٤] جمع بها بين صلاتى المغرب والعـشاء، ثم يبيت بها أى موضع شاء عدا بطن محسر[٥]، فإنه لا يبـيت به، ويحرك دابته فـى المسير إذا انتـهى إليه، ثم يمكث بها حـتى يصلى الصبح، فإن لم يبت فعليـه دم ثم يأتى المشعر الحرام فـيقف به ويدعو، ثم يدفع قبل طلوع الشمس إلى مِنَى، وللإمام أن يقـدم ضعفة أهله من مزدلفة إلى مِنَى [ليلة][٦] النحر.

وإذا جاء مِنَى بدأ برمى جمرة العـقبة راكبًا إن قدر فيرميـها وحدها ثم ينحر هديًا إن كان معه، ثم يحلق أو يقصر والحلاق أفضل، وإن قدم الحلاق على النحر أو النحر على الرمى فلا شىء عليه، وإن قدم الحلاق على الرمى فعليه دم، ثم يرجع إلى مكة فيطوف

---

(١) ثبت فى (ب) و (هـ) (أطوفة).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب)

(٣) بطن عرنة بعرفات وليست من الموقف. القاموس المحيط (٢٤٧/٤).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) مُحَسِّر: واد بين مزدلفة ومنى والطريق فى وسطه. الثمر الدانى (ص ٣٧٤).

(٦) ثبت فى (ب) (قبل).

ويركع ثم يعود إلى مِنًى.

وأما المراهق[١] فيمضي على وجهه إلى عرفة فيفعل ما وصفناه، وإذا طاف للإفاضة سعى عقيبه ولا دم عليه لترك طواف القدوم وإن تركه غير المراهق فعليه دم.

فصل

وإنما قلنا: إن الطواف ثلاثة لأن النبي ﷺ والسلف بعده لم يأتوا بزيادة على ذلك إلا ما بينوا أنه تطوع مبتدأ لا تعلق له بفروض الحج ولا بسنته.

فصل

وإنما قلنا: إنه يسعى عقيب طواف القدوم لما رويناه من فعله ﷺ لذلك[٢]، فإن فاته سعى عقيب طواف الإفاضة[٣] فعليه دم لأن السعي لا يكون إلا عقيب طواف، ولتقرر الإجماع على ذلك.

فصل

وإنما قلنا:إن طواف القدوم مسنون وربما عبر عنه أصحابنا بالواجب لشدة تأكده لفعله ﷺ له[٤]، ولأنه شرط في ركن من أركان الحج وهو السعي، فكان من متأكد السنن.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا فرغ من السعي خرج إلى مِنًى ليصلي بها يوم التروية لما روى أنه ﷺ فعل ذلك، رواه ابن عباس[٥]، وجابر[٦]، وأنس[٧].

---

(١) قال أبو عبيد الله الأنصاري: (قال رحمه الله عن ابن عبد البر: المراهق من خاف فوات الوقوف إن طاف وسعى. وقال الباجي: من ضاق وقت إدراك وقوفه عنهما لما لابد له من أمره، وتأمل الفرق بين الرسمين) انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٨٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) زيادة ليست في الأصل يقتضيها سياق الكلام.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه الترمذي في الحج (٣/ ٢١٨) ح (٨٧٩) والحديث فيه إسماعيل بن مسلم تكلموا فيه من قبل حفظه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه البخاري: الحج (٣/ ٥٩٢) ح (١٦٥٣) ، ومسلم: الحج (٢/ ٩٥٠) ح (٣٣٦/ ١٣٠٩).

فصل

وإنما قلنا: إنه يقطع التلبية بعرفة بعد الزوال خلافًا للرواية الأخرى، ولمن ذهب إليها[١]، وهى أنه يقطع عند جمرة العقبة، لإجماع الصحابة عليه، وروى ذلك عن أبى بكر وعمر عثمان وعلى وابن عمر وعائشة وسعد وجابر وابن الزبير وأم سلمة رضى الله عنهم، وذكر مالك أنه إجماع أهل دار الهجرة[٢]، ولأن التلبية إجابة للنداء بالحج دعى إليه، فإذا انتهى إلى الموضع الذى دعى إليه، فقد انتهى إلى غاية ما أمر به، فلا معنى لاستدامتها.

فصل

وإنما قلنا : إنه يجمع بعرفة بين الظهر والعصر لما روى جابر أن النبى ﷺ فعل ذلك[٣].

فصل

وإنما قلنا: إنه يتلو ذلك بالوقوف لورود الرواية بذلك من حديث جابر[٤]، وغيره، ولنقل الأمة إياه بالعمل[٥].

فصل

وإنما استحببنا أن يقف راكبًا لأنه ﷺ وقف راكبًا على راحلته القصواء[٦]، ولأن الركوب أعون على الوقوف وأمكن له فى الدعاء وأروح من التعب.

فصل

وإنما قلنا: أن يقف أى موضع شاء سوى بطن عرنة لقوله ﷺ: «عرفة كلها موقف

(١) فمن ذهب إلى ذلك: (ابن مسعود وابن عباس وميمونة وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى) المغنى (٣/ ٤٥١).

(٢) انظر الموطأ (١/ ٣٣٨).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر المغنى لابن قدامة (٣/ ٤٢٥).

(٦) تقدم تخريجه.

وارتفعوا عن بطن عرفة»[١].

فصل

وإنما قلنا: إنه يقف إلى الغروب لأنه ﷺ كذلك فعل[٢]، وإنما قلنا: إنه إن دفع قبل الغروب ولم يرجع فيقف جزءاً من الليل، فقد فاته الحج خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى[٤]، لما روى على[٥] وجابر[٦] وأسامة[٧] أنه ﷺ دفع حين غابت الشمس، ففيه دليلان: أحدهما: فعله، والآخر قوله: «خذوا عنى مناسككم»، وروى عطاء عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال: «من أدرك عرفة قبل الفجر فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل، فقد فاته الحج»[٨]، ولأنه لم يقف بعرفة جزءاً من الليل، وكان كالواقف قبل الزوال، ولأن النهار لو كان وقتًا للوقوف لاستوى أوله وآخره كالليل.

فصل

وإنما قلنا: إنه يمضى إلى مزدلفة فيجمع بها بين العشائين، لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل[٩]، رواه جابر[١٠]، وأسامة[١١] وغيرهما، وهذا الجمع عندنا سنة مؤكدة، فإن صلى المغرب فى وقتها بعرفة والعشاء فى وقتها، فقد ترك السنة والاختيار ويجزيه

(١) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ٢٠٠) ح (١٩٣٥) والترمذى فى الحج (٣/ ٢٢٣) ح (٨٨٥) وابن ماجه فى المناسك (٢/ ١٠٠١) ح (٣٠١٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الموصلى: (وإن وقف ساعة بعد الزوال ثم أفاض أجزأه) الاختيار (١/ ١٩٨) الهداية للمرغينانى (١/ ١٦٤).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٩٧) مغنى المحتاج (١/ ٤٩٨).

(٥) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ١٩٧) ح (١٩٢٢) والترمذى فى الحج (٣/ ٢٢٣) ح (٨٨٥) وابن ماجه فى المناسك (٢/ ١٠٠١) ح (٣٠١٠).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ١٩٨) ح (١٩٢٤).

(٨) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ٢٠٣) ح (١٩٤٩) والترمذى فى الحج (٣/ ٢٢٨) ح (٨٨٩) والنسائى فى المناسك (٥/ ٢١٤) باب (فيمن لم يدرك صلاة الصبح مع الإمام بالمزدلفة).

(٩) تقدم تخريجه.

(١٠) تقدم تخريجه.

(١١) تقدم تخريجه.

خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يجزيه[١]، لأنهما صلاتان سن الجمع بينهما فى وقت إحداهما، فلم يمنع ترك الجمع بينهما جوازهما، أصله: الظهر والعصر بعرفة.

فصل

وإنما قلنا: إنه يبيت بها لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل[٢]، وإنما قلنا: إنه يبيت أى موضع شاء منها إلا بطن محسر لقوله ﷺ: «مزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر»[٣].

فصل

والمبيت بالمزدلفة سنة يجب بتركها بغير عذر الدم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا شىء فيه[٤]، ولأنه ﷺ بات بها ولم يرخص فى ترك ذلك إلا للضعفاء ورعاة الإبل[٥]، فوجب كونه مسنونًا.

فصل

وإنما قلنا: إنه يقف بالمشعر الحرام[٦] فيدعو ثم يدفع عند الإسفار لقوله تعالى: ﴿واذكروا الله عند المشعر الحرام﴾ [البقرة:١٩٨]، وفى حديث جابر: «أنه ﷺ صلى الصبح ثم ركب حتى أتى المشعر الحرام، فرقى واستقبل القبلة فحمد الله وكبره وهلله، ولم يزل واقفًا حتى أسفر جدًا ثم دفع قبل طلوع الشمس»[٧]، وفى حديث آخر أنه قال: «كان أهل الشرك يدفعون بعد طلوعها حيث تعتم بها رءوس الجبال، وإنا ندفع

(١) انظر الهداية للمرغينانى (١/١٥٨) الاختيار للموصلى (١/ ٢٠٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال ملك العلماء: (ويبيت ليلة بمزدلفة لأن رسول الله ﷺ بات بها فإن مر بها مارًا بعد طلوع الفجر من غير أن يبيت بها فلا شىء عليه ويكون مسيئًا وإنما لم يلزمه شىء لأنه أتى بالركن وهو كينونته بمزدلفة بعد طلوع الفجر لكنه يكون مسيئًا لتركه السنة وهى البيتوتة بها) انظر بدائع الصنائع (٢/ ١٥٥).

(٥) أخرجه البخارى: فى الحج (٣/ ٦١٤) ح (١٦٧٦)، ومسلم: فى الحج (٢/ ٩٤١) ح (١٢٩٥/٣٠٤).

(٦) جبل بالمزدلفة سمى بذلك لأن الجاهلية كانت تشعر هداياها فيه. انظر الثمر الدانى (ص ٣٧٣).

(٧) تقدم تخريجه.

قبل طلوعها هدينا مخالف هدى أهل الشرك والأوثان»[١].

فصل

وإنما أجزنا للإمام تقديم ضعفة أهله، وكذلك رعاة الإبل لإرخاصه ﷺ في ذلك[٢]، ولأن فيه رفقًا بهم وتخفيفًا عنهم، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يكون هذا الإرخاص بشرط الدم، والظاهر خلافه.

فصل

وإنما قلنا: إنه يأتي مِنًى فيرمي جمرة العقبة، لما روى جابر: «أنه ﷺ دفع من مزدلفة فذكر... إلى أن قال: حتى أتى الجمرة عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة، وكل حصاة منها كحصاة الخذف»[٣].

فصل

والمستحب أن يرميها من بطن الوادي ولا يرميها من فوقها، لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه رمى الجمرة من بطن الوادي ثم قال: «والذي أنزلت عليه سورة البقرة لقد رأيته يرمي ببطن الوادي ﷺ»[٤] وروى عن عبد الله بن مسعود نحوه.

فصل

وإنما قلنا: ينحر هديًا إن كان معه بعد الرمي، لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل رمى الجمرة ثم نحر البدن[٥].

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٥/٢٠٣ ـ ٢٠٤) ح (٩٥٢١) وبلفظ قريب منه أخرجه البخاري في الحج (٣/ ٦٢٠ ـ ٦٢١) ح (١٦٨٤). بلفظ (إن المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس، ويقولون أشرق ثبير. وأن النبي ﷺ خالفهم، ثم أفاض قبل أن تطلع الشمس. حديث صحيح على شرط الشيخين. انظر نصب الراية (٣/٦٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري : في الحج (٣/٦٧٨) ح (١٧٤٧) ، ومسلم : في الحج (٢/٩٤٢) ح (٣٠٥/١٢٩٦).

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا أتم حلق رأسه لأنه ﷺ حلق بعد أن نحر، رواه ابن عباس قال: لما رمى رسول الله ﷺ الجمرة أتى بنسكه فنحره ثم دعى الحلاق فقال: «ابدأ بالشق الأيمن»[١].

فصل

الحلاق نسك يثاب فاعله خلافًا لأحد قولي الشافعي أنه مباح بعد حظر وليس بنسك[٢] لقوله تعالى: ﴿لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رءوسكم ومقصرين لا تخافون﴾ [الفتح:٢٧]، فوعدهم بدخولهم على هذه الصفة ممتنًا عليهم بها، فدل على تعلق الفضيلة بها، وقوله ﷺ: «رحم الله المحلقين ثلاثًا»، قيل: والمقصرين يا رسول الله؟ قال: «والمقصرين»[٣] وهذه المبالغة بتكرار الدعاء، فدل على الفضيلة، وقوله: «ليس على النساء حلاق وإنما عليهن التقصير»[٤]، ولأنه قول عمر وابنه[٥] ولا مخالف لهما.

فصل

وإنما قلنا: إنه إن قدم النحر على الرمي أو الحلاق على النحر جاز لما روى عبد الله

(١) أخرجه البخاري في الوضوء (١/٣٢٨ ـ ٣٢٩) ح (١٧١) من طريق أنس، ومسلم في الحج (٢/٩٤٧) ح (٣٢٣/١٣٠٥) من حديث أنس، وأبو داود في المناسك (٢/ ٢١٠) ح (١٩٨٢) واللفظ له، والترمذي في الحج (٣/٢٤٦) ح (٩١٢) بنحوه.

(٢) قال الخطيب الشربيني: والحلق نسك على المشهور وأقله ثلاث شعرات وفي الروضة الأظهر فيثاب عليه لأن الحلق أفضل من التقصير للذكر وقيل واجب، والثاني هو استباحة محظور لا ثواب فيه لأنه محرم في الإحرام فلم يكن نسكًا كلبس المخيط) مغني المحتاج (١/٥٠٢) روضة الطالبين (٣/١٠١).

(٣) أخرجه البخاري: في الحج (٣/٦٥٦) ح (١٧٢٧)، ومسلم: في الحج (٢/ ٩٤٥) ح (٣١٦/١٣٠١).

(٤) أخرجه أبو داود في الحج (٢/ ٢١٠) ح (١٩٨٥) والدارقطني في سننه (٢/ ٢٧١) ح (١٦٥) والطبراني من حديث ابن عباس وإسناده حسن وقواه أبو حاتم في العلل والبخاري في التاريخ وأعله ابن القطان ورد عليه ابن المواق فأصاب. انظر تلخيص الحبير (٢/ ٢٨٠) ح (٥٣).

(٥) انظر الموطأ للإمام مالك (١/٣٩٦).

ابن عمر: أنه ﷺ جاءه رجل فقال: يا رسول الله، لم أشعر، فحلقت قبل أن أذبح فقال: «اذبح ولا حرج»، وجاءه آخر فقال: يا رسول الله لم أشعر نحرت قبل أن أرمى، فقال: «ارم ولا حرج»[1].

فصل

وإنما قلنا: إنه إن حلق قبل الرمى فعليه دم خلافًا للشافعى[2]، لقوله عز وجل ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله﴾ [البقرة:١٩٦]، ولأنه ﷺ رمى ثم نحر ثم حلق[3]، ولأنه حلق فى إحرام منعقد لم يتحلل منه فأشبه قبل النحر.

فصل

وإن شاء حلق وإن شاء قصر والحلاق أفضل للظاهر[4] ، والخبر[5]، وسنة النساء التقصير لقوله ﷺ: «ليس على النساء حلاق وإنما على النساء التقصير»[6]، ولأنه شهرة فيهن، والسنة إيعاب الرأس وأكثره، لما روى: «من عقص أو لبد فعليه الحلاق»[7]، والمعنى فيه تعذر الاستيفاء مع العقص[8]، والتلبيد[9]، ولأنه حكم تعلق بالرأس فى الشرع عبادة كالمسح.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا فعل ذلك عاد إلى مكة فأفاض ثم عاد إلى منَى لقوله عز وجل: ﴿ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس﴾ [البقرة:١٩٩]، ولأن رسول الله ﷺ كذلك فعل،

---

(١) أخرجه البخارى : فى الحج (٢/ ٦٦٥) ح (١٧٣٦) ، ومسلم : فى الحج (٢/٩٤٨) ح (١٣٠٦/٣٢٧).

(٢) قال الإمام النووى: (ولو حلق قبل الرمى والطواف. فإن قلنا الحلق استباحة محظور لزمه الفدية وإلا فلا على الصحيح) روضة الطالبين (٣/١٠٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أى لظاهر آيات الحلاق كقوله تعالى: ﴿محلقين رءوسكم﴾.

(٥) الذى تقدم تخريجه والذى دعا فيه النبى ﷺ للمحلقين ثلاثًا وللمقصرين مرة واحدة.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٢٠) ح (٩٥٨٦).

(٨) عقص شعره: أى ضفره وفتله، والعقيصة: الضفيرة. القاموس المحيط (٢/٣٠٨).

(٩) التلبيد: أن يجعل المحرم فى رأسه شيئًا من صمغ ليتلبد شعره. القاموس المحيط (١/ ٣٣٥).

روى جابر أنه ﷺ نحر ثم ركب فأفاض إلى البيت، وصلى بمكة الظهر»[١]، وفى حديث عائشة رضى الله عنها: «ثم رجع إلى مِنَى فمكث بها ليالى أيام التشريق»[٢].

فصل

وإنما قلنا: إن المراهق يمضى إلى عرفة ويترك طواف القدوم، لأن ذلك عذر يسوغ له تركه متى تشاغل به خاف فوات الحج ولا دم عليه، لأن ترك السنة مع العذر جائز، وفى تركه لغير عذر الدم اعتباراً بسائر السنن المؤكدة.

فصل

جملة ما يرمى من حصى الجمار يوم النحر [وأيام مِنَى][٣] سبعون حصاة منها جمرة العقبة يوم النحر بسبع، وفى أيام مِنَى كل يوم يرمى الثلاث بإحدى وعشرين حصاة كل جمرة بسبع، هذا لمن لم يتعجل فإذا تعجل رمى تسعًا وأربعين وسقط عنه رمى اليوم الآخر وهو إحدى وعشرين حصاة.

فصل

ولا يرمى الجمار أيام مِنَى إلا بعد الزوال، خلافًا لأبى حنيفة فى إجازته ذلك فى ثالث أيام التشريق[٤] لما روى جابر قال: «رأيت رسول الله ﷺ يرمى يوم النحر ضُحًى، فأما بعد ذلك فبعد زوال الشمس»[٥]، ورواه ابن عباس[٦]، وعائشة[٧]، واعتباراً باليوم الأول والثانى.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٤١) ح (٩٦٦١) والحاكم فى المستدرك (١/ ٤٧٧)، وقال الحافظ الزيلعى: صحيح على شرط مسلم وحسنه المنذرى، انظر نصب الراية (٣/ ٨٣).

(٣) ثبت فى (ب) (فى أيام التشريق).

(٤) الاختيار للموصلى (١/ ٢٠٣)، الهداية للمرغينانى (١/ ١٦١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه الترمذى فى الحج (٣/ ٢٣٤) ح (٨٩٨)، وقال: حديث حسن.

(٧) تقدم تخريجه.

فصل

المستحب أن يـرمى يوم النحر راكبًا وأيام مِنَى ماشيًا، لأنــه ﷺ كذلك فعل[١]، ولا يقف عند جمـرة العقبة ويقف عند الأولى والثـانية ، وكذلك فى حديث عـائشة[٢] ، وعبد الله بن عمرو[٣]، وروى عن عمر[٤]، وابنه[٥].

فصل

ولا يجزيه أن يرمى السبع رميــة واحدة خلافًا لأبى حنيفة[٦]، لأنه ﷺ رماها سبع رميات، ولأن المستحق عليه أعداد الرمى به.

فصل

صفــة التعجيل أن ينفـر ثالث النحر بعد رمـيه ما لم تغب الشمس، فـإذا فعل ذلك سقط عنه رمى الغد والأصل فيه قوله تعالى: ﴿**فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه**﴾ [البقرة:٢٠٣]، ولأنه ﷺ رخص فيه لرعاة الإبل فى البيتوتة[٧] يرمون يوم النحر ثم يرمون الغـد ليومين ثم ينفرون[٨]، فإن غابت الشمس علـيه قبل أن ينفر لزمه المبيت لدخول الوقت الذى ينفر عنه.

---

(١) أخرجه الترمذى فى الحج (٣/ ٢٣٥) ح (٨٩٩) من حديث ابن عباس.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٦٨٢) ح (١٧٥٢).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ (١/ ٤٠٦) ح (٢١١).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ (١/ ٤٠٧).

(٦) قال الكاسـانى: (فإن رمى إحدى الجمـار بسبع حصـيات جميـعًا دفعة واحدة فـهى عن واحدة ويرمى ستــة أخرى لأن التـوقيف ورد بتـفريق الرميـات فوجب اعـتباره، انظر بدائع الـكاسانى (٢/ ١٥٨). وبهذا يتبين أن الحكم عن الأحناف أنه لا يجزيه الرمى دفعة واحدة.
وتثبتنا أيضًا بما ذكره ابن قدامة فى المغنى، (وإن رمى الحصاة دفعة واحدة لم يجزه إلا عن واحدة نص عليه أحمد وهو قـول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وخالـف عطاء فقال: يجزئه)، انظر المغنى (٣/ ٤٥١).

(٧) أخـرجـه البـخـارى فى الحج (٣/ ٥٧٣ ـ ٥٧٤) ح (١٦٣٤)، ومـسلم فى الحج (٢/ ٩٥٣) ح (٣٤٦/ ١٣١٥).

(٨) ثبت فى (ب) و (هـ) (ثم يرمون يوم النفر).

فصل

طواف الوداع مستحب لقوله ﷺ: «لا ينفرن أحدكم حتى يكون آخر عهده الطواف بالبيت»[١]، وروى عن عمر[٢] وغيره.

فصل

وليس بواجب خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لقوله ﷺ فى حديث صفية: «أحابستنا هى»، قالوا: إنها قد أفاضت، قال: فلا إذن[٤]، فلو كان واجبًا لكان يقف عليها كطواف الإفاضة، ولأنه طواف يفعل خارج الإحرام كالتطوع.

فصل

ولا يجب الدم بتركه خلافًا للشافعى[٥]، لأن الحائض تتركه ولا دم عليها، ولأنه طواف خارج الإحرام كالتطوع.

فصل

وليس بمسنون للمقيمين بمكة لأن الوداع يقتضى مفارقة الموضع، وذلك لا يوجد فى أهل مكة، ولأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: «لا يصدرن أحدكم حتى يكون آخر عهده الطواف بالبيت»[٦]، فخاطب بذلك من يريد الانصراف.

---

(١) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٦٨٤) ح (١٧٥٥) ومسلم فى الحج (٢/ ٩٦٣) ح (٣٧٩/ ١٣٢٧) واللفظ له.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (١/ ٣٦٩) ح (١٢٠).

(٣) قال الحافظ القارى الحنفى: (وهو واجب على الآماقى عندنا وعند الشافعى فى الأصح عنه وقال مالك وهو سنة لأنه بمنزلة طواف القدوم)، شرح النقاية (١/ ٤٨٨)، الاختيار للموصلى (١/ ٢٠٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر روضة الطالبين (٣/ ١١٦)، مغنى المحتاج (١/ ٥١٠).

(٦) تقدم تخريجه.

باب

ومن أحصر[1] بعذر فله التحلل، وينحر هديًا إن كان معه وينصرف ولا هدى عليه سواء كان حاجًا أو معتمراً فى الحرم وغيره، «لأن النبى ﷺ فعل ذلك يوم الحديبية تحلل ونحر وانصرف»[2].

فصل

ولا هدى عليه لأجل تحلله خلافًا لأبى حنيفة[3] والشافعى[4]، لأنه تحلل مأذون له فيه غير منسوب إلى تفريط ولا إدخال نقص، فلم يلزمه فيه هدى اعتباراً به إذا أكمل حجه، ولأنه لما خفف بإجازة التحلل من إحرام قد عقده كان بأن يخفف عنه من إيجاب هدى أولى.

فصل

ولا قضاء عليه لما تحلل منه خلافًا لأبى حنيفة[5]، لأنه ممنوع عن الوصول إلى فعل المناسك بيد غالبة فلم يلزمه قضاء، أصله: إحرام العبد بغير إذن سيده والمرأة بغير إذن زوجها على الصحيح من المذهب، ولا يلزم عليه للضرورة لأن ما يلزمه ليس بقضاء، بل هو الواجب عليه فى الأصل، ولأنه ﷺ تحلل هو وأصحابه ولم يأمر أحداً منهم بالقضاء، ولا روى عنهم أنهم قضوا.

(١) قال الشيخ الدردير: (المحصور هو الممنوع وهو من منعه عدو أو فتنة، أو حبس لا بحق)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٢/ ٩٣).

(٢) أخرجه البخارى : فى المحصر (٤/ ١٣) ح (١٨١٢) ، ومسلم : فى الحج (٢/ ٩٠٣) ح (١٨١/ ١٢٣٠).

(٣) قال الموصلى: (والمحرم إذا أحصر بعدو أو مرض أو عدم محرم أو ضياع نفقة يبعث شاة تذبح عنه فى الحرم أو ثمنها ليشترى بها ثم يتحلل). الاختيار (١/ ٢٢٣)، الهداية للمرغينانى (١/ ١٩٥).

(٤) قال الخطيب الشربينى: (ومن تحلل ذبح شاة حيث أحصر، قلت: إنما يحصل التحلل بالذبح) مغنى المحتاج (١/ ٥٣٤) الأم (٢/ ١٨٥).

(٥) قال الموصلى (وإذا تحلل المحصر بالحج فعليه حجة وعمرة وعلى القارن حجة وعمرتان وعلى المعتمر عمرة)، الاختيار (١/ ٢٢٤)، انظر الهداية للمرغينانى (١/ ١٩٦).

فصل

ومن أحصر بمرض أو بأى شيء سوى حصر العدو فلا يتحلل إلا بعمل العُمرة خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأنه متلبس بالحج لم يصده عنه يد غالبة، فكان كمخطئ الوقت، ولأن كل من لا يستفد بتحلله تخلصًا من الأذى فلا يجوز له التحلل كالضال عن الطريق عكسه المحصور بعدو.

فصل

وعليه دم لتحلله لقوله تعالى: ﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى﴾ [البقرة:١٩٦] معناه: فحللتم، ولا يجوز ذبحه إلا بمكة أو بمِنًى، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه ينحره حيث أحصر[٢]، لقوله تعالى: ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾ [الحج:٣٣] فعم، ولأنه موضع تحلله يجب أن يكون محل هديه ألا ترى أن المحصور بعدو لما كان يحل حيث أحصر كان ذلك الموضع محل هدى إن كان ساقه.

فصل

وليس عليه ولا على من فاته الحج رمى ولا فعل بقية المناسك سوى عمل العمرة فقط، خلافًا للمزنى[٣]، لأن أعمال الحج توابع للوقوف، فإذا فات المتبوع سقطت توابعه.

---

(١) فى أنه سوى بين جميع أنواع الإحصار سواء كان بعدو أو مرض أو عدم محرم أو ضياع نفقه فتجد فى كتب الأحناف أنهم يقولون: (يبعث شاة تذبح عنه فى الحرم) بدون تفريق، انظر الاختيار (١/ ٢٢٣)، الهداية (١/ ١٩٥).

(٢) مغنى المحتاج (١/ ٥٣٤)، المهذب للشيرازى (١/ ٢٣٤).

(٣) فى قوله (أنه يقيم على إحرامه فإن أدرك الحج وإلا طاف وسعى وعليه الحج من قابل وما استيسر من الهدى فإن كان معتمرًا أجزاه ولا وقت للعمرة فتفوته. انظر مختصر المزنى بهامش الأم (٢/ ١١٨ ـ ١١٩).

باب

الوطء في الإحرام ممنوع لقوله تعالى: ﴿فلا رفث ولا فسوق﴾ [البقرة:١٩٧]، فإذا وطئ عامداً في الفرج أفسد حجه وعمرته بلا خلاف[١]، وكذلك الناسي خلافاً للشافعي[٢] لأنه وطء صادف إحراماً منعقداً كالعمد.

فصل

كل إنزال عن نوع من الاستمتاع يفسد الحج والعُمرة كالإنزال في الوطء دون الفرج أو مع القبلة أو اللمس أو غير ذلك، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤] لقوله تعالى: ﴿فلا رفث﴾ [البقرة:١٩٧]، ولأن الإنزال هو المقصود وهو أبلغ من الإيلاج، فإذا كان الإيلاج يفسده فالإنزال أولى، ولأنها عبادة يفسدها الوطء في الفرج، فالإنزال مع المباشرة يفسدها، أصله: الصوم.

فصل

لا خلاف أن ذلك إن حصل قبل الوقوف، فإنه يفسد الحج، فأما بعده وقبل الرمي، فالظاهر أنه يفسده أيضاً، وبه قال الشافعي[٥]، وقد قيل: لا يفسده وهو قول أبي حنيفة[٦]، فإذا قلنا: يفسده، فالعلة بقاء الإحرام وعدم التحلل كالوطء قبل الوقوف،

---

(١) قال ابن قدامة: (أما فساد الحج بالجماع في الفرج فليس فيه اختلاف قال ابن المنذر: (أجمع أهل العلم على أن الحج لا يفسد بإتيان شيء في حال الإحرام إلا الجماع) انظر المغني (٣/ ٣١٥).

(٢) قال الإمام النووي: (فأما إذا جامع ناسياً أو جاهلاً للتحريم، فقولان: الأظهر الجديد: لا يفسد، والقديم: يفسد)، روضة الطالبين (٣/ ١٤٣)، مجموع شرح المهذب (٧/ ٣٦٤).

(٣) قال المرغيناني: (فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لا شيء عليه لأن المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى وإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم، انظر الهداية (١/ ١٧٧)، الاختيار للموصلي (١/ ٢١٨).

(٤) قال النووي: (وإن قبلها بشهوة أو باشرها فيما دون الفرج بشهوة لم يفسد حجه لأنها مباشرة لا يجب الحد بجنسها فلم تفسد الحج كالمباشر بغير شهوة)، مجموع شرح المهذب (٧/ ٤١٤)، المهذب (١/ ٢١٠).

(٥) روضة الطالبين (٣/ ٤٨٨)، مجموع شرح المهذب (٧/ ٣٩٥).

(٦) انظر الاختيار للموصلي (١/ ٢١٨)، الهداية للمرغيناني (١/ ١٧٨).

وإذا قلنا: لا يفسده فالعِلَّة أمن الفوات كالوطء بعد الرمى والطواف.

فصل

وأما الوطء بعد الرمى وقبل طواف الإفاضة، فـالظاهر من قول مالك رحمه الله: أنه لا يفسـد، وعنه رواية،: أنه يفـسده، فَعلَّة الرواية الظاهرة: أنه وطء فى إحـرام منحل كالوطء بعد التحلل الكامل، وعلَّة الرواية الأخرى: أن كمال التحلل لم يحصل فحرمة الإحرام مبقاة كقبل الرمى.

فصل

إذا قلنا: إن حجه لا يفسد فعليه العـمرة والهدى بعد أن يطوف خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى فى قولهما: لا عُمرة عليه[2]، لأن ذلك مروى عن ابن عباس، ولأن عليه أن يأتى بالطواف والسعى فى إحرام لا وطء فيه.

فصل

إذا أفسد حجه مضى عليه حتى يتمـه ولم يخرج منه بالفساد، وكذلك العمرة خلافًا لمن قال: إنه يرى قضاء ويستأنف إحرامًا جديدًا[3]، لأنه إجماع الصحابة[4]، ولأنه سبب يجب معه قضاء الحج فلم يخرج به من الإحرام، أصله: الفوات.

فصل

وعليه القضاء والهدى فى الفسـاد لأن ذلك إجماع السلف، ولأنه إن كان فرضًا فهو باق فى الذمة لأن الفاسـد فى الذمة لا يبرئ من الصحيح، وإن كان مـتطوعًا فقد لزمه بالدخول فيه.

وأما الهدى فلأنه لما كان يلزم بترك شعيرة من شعائره كان بأن يلزم فى النص بإفساده

(١) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٢١٨)، الهداية للمرغينانى (١/ ١٧٨).

(٢) قال الإمام الشافعى: (وإذا أفسد رجل الحج مضى فى حجه كما كان يمضى فيه لو لم يفسده فإذا كان قابل حج وأهدى بدنة تجزى عنهما معًا، الأم (٢/ ١٨٤)، روضة الطالبين (٣/ ١٣٨).

(٣) وهو قول داود، فنقـل عنه ابن قدامة فى المغنـى: أنه قال: (يخرج بالإفـساد من الحج والعـمرة لقول النبى ﷺ «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»، المغنى (٣/ ٣٧٨).

(٤) رواه فى المغنى عن عمر وعلى وأبى هريرة وابن عباس رضى الله عنهم المغنى (٣/ ٣٧٧).

أولى ، ولأن الفوات يجب به الهدى للتأخير، فكذلك الفساد، وكذلك روى عن عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وغيرهم.

فصل

يفترق الزوجان إذا أفسدا حجهما وأرادا قضاء خلافًا لأبى حنيفة[١]، ومن حيث يحرمان لا من حيث أفسداه خلافًا للشافعى فى قوله: من حيث أفسداه[٢] لأن ما قلناه مروى عن عثمان وعلىّ وابن عباس[٣]، ولأنهما يتذاكران ما كان منهما فيدعوهما ذلك إلى إفساده ثانية، وإنما لم يؤخراه عن وقت الإحرام إلى وقت الإصابة، لأن الذى أُمرا لأجله بالافتراق هو خوف الفساد ثانية، وليس آخر الإحرام بأولى بالاحتياط من أوله.

فصل

ولا يجب بتكرار الوطء هدى خلافًا لأبى حنيفة[٤] لأنه وطء لم يفسد به الحج فلم يجب به هدى، أصله: إذا وطئ قبل التكفير.

فصل

الصغير له حج خلافًا لأبى حنيفة[٥] لقوله ﷺ وسألته المرأة ألهذا حج؟، قال: «نعم ولك أجر»[٦]، ولأنه ممن له صلاة فكان له حج كالكبير.

---

(١) قال المرغينانى: (وليس عليه أن يفارق امرأته فى قضاء ما أفسداه عندنا خلافًا لمالك رحمه الله إذا خرجا من بينهما ، ولزفر رحمه الله إذا أحرما). الهداية (١/ ١٧٨) ، الاختيار للموصلى (١/ ٢١٧).

(٢) قال الشيرازى : (وهل يجب عليهما أن يفترقا فى موضع الوطء؟ فيه وجهان أحدهما: يجب والثانى: لا يجب وهو ظاهر النص) المهذب (١/ ٢١٥).

(٣) انظر الموطأ (١/ ٣٨١ ـ ٣٨٣).

(٤) انظر الاختيار للموصلى (١/ ٢١٨)، وشرح النقاية (١/ ٥١٤).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى: (١/ ١٤٥)، الاختيار للموصلى (١/ ١٨٤).

(٦) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ٩٧٤) ح (٤٠٩/ ١٣٣٦)، وأبو داود فى المناسك، (٢/ ١٤٧) ح (١٧٣٦) والترمذى فى الحج (٣/ ٢٥٥) ح (٩٢٤)، وقال: وفى الباب عن ابن عباس حديث جابر حديث غريب، وابن ماجه فى المناسك (٢/ ٩٧١) ح (٢٩١٠).

فصل

وما ذاد على نفقته فى الحضر من مال الولى خلافًا للشافعى[١]، وكذلك ما قتل من صيد أو ما يحتاج إليـه من فدية، لأن الصبى لا حاجة به إلى الحج وليس من الإصلاح والحظ إلزامه نفقة فـيما لا يحتاج إليه، وكذلك جزاء ما قـتل من صيد لأن الولى سبب ذلك.

فصل

العبـد إذا أعتق والصبى إذا بلغ والكـافر إذا أسلم ، فأدرك كل واحـد منهم الوقوف بعرفة جزءًا من الليل، فأحرم ووقف، فقد أدرك الحج، فإن دخل العبد فى الإحرام حال رقه أو إحرام الولى بالصـبى حال صغره ثم عتق العبد وبلغ الـصبى، وهما فى الإحرام فإنهما يمضيان على ذلك الحج، ويكون تطوعًا على ما كانا عليه ولا ينقلب فرضًا، لأنه ليس فى الأصول عبادة تفتتح تطوعًا ثم تـنقلب فرضًا كالصلاة والصوم، فإذا ثبت هذا فعليهما حجة الإسلام لأنها باقية فى الذمة لا تسقط بالتطوع.

فصل

ومن ساق بدنه قلدها[٢] «لأن رسـول الله ﷺ قلد بدنه وأشعـرها»[٣]، خلافًا لأبى حنيفة فى قـوله: إن الإشعار[٤] بدعة، لـما روى ابن عباس: «أنـه ﷺ أشعر بدنـته من الجانب الأيمن وسلت الدم عنها»[٥]، والفائدة فى التقليـد والإشعار أن يعلم من رآه إذا

(١) قال الشيرازى: (وفى نفـقة الحج وما يلزمه من الكفارة قولان: أحـدهما: يجب فى مال الولى، لأنه هو الذى أدخله فـيه. والثانى: يـجب فى مال الصبى لأنه وجـب لمصلحته فكـان فى ماله كأجرة المعلم)، المهذب (١/ ١٩٥)، مغنى المحتاج (١/ ٤٦١).

(٢) التقليد: مصدر قلد قال الجوهرى: وتقليد البدنة أن يعلق فى عنقها شىء يعلم أنها هدى، المطلع (ص ٢٠٦).

(٣) انظر الموطأ (١/ ٣٧٩).

(٤) الإشعار فى أصل اللغـة الإعلام يقال: أشعرته بكـذا فشعر أى: أعلمتـه فعلم، وهو فى الشرع إعلام مخصوص)، المطلع (ص ٢٠٦).

(٥) أخـرجـه مـسلم فى الحج (٢/ ٩١٢) ح (٢٠٥/ ١٢٤٣)، أبو داود فـى المناسك (٢/ ١٥٠) ح (١٧٥٢)، والترمذى فى الحج (٣/ ٢٤٠) ح (٩٠٦) وقال: حديث حسن، والنسائى فى المناسك (٥/ ١٣٢) باب (أن الشقين يشعر)، وأحمد فى المسند (١/ ٢٨٣) ح (١٨٦٠).

ضل أنه هدى قد أوجب فلا يقدم عليه، وصفة الإشعار أن يشق فى عرض سنامها فى جانبه الأيسر، ويستحب له أن يسمى الله تعالى عند الإشعار كما فعل النبى ﷺ[١]، والاختيار نحر البدن قيامًا لأنه ﷺ نحرها قائمة[٢]، فإن صعبت عقلها ليتمكن من نحرها.

فصل

ويؤكل من الهدى كله إلا من ثلاثة أنواع: جزاء الصيد ونسك الأذى ونذر المساكين وما عدا ذلك من هدى التمتع والقران ومجاوزة الميقات والفوات والإفساد وغير ذلك سوى ما ذكرناه فإنه يؤكل، ووافقنا أبو حنيفة فى هدى التمتع والقِران، وخالفنا فى الواجب بحكم الإحرام[٣]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿**فكلوا منها**﴾ [الحج:٢٨]، وقوله: ﴿**فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها**﴾ [الحج:٣٦]، ولأنه هدى لم يسم للمساكين ولا يدخل فيه الإطعام كالتطوع واعتبارًا بالضحايا والعقيقة.

فصل

وإنما قلنا: لا تؤكل من جزاء الصيد لأن الله تعالى جعله للمساكين بقوله: ﴿**هديًا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين**﴾، وكذلك نسك الأذى لقوله ﷺ: «أو إطعام ستة مساكين»[٤]، وما سماه هو للمساكين فقد نذره لهم فلا يجوز له الرجوع فيه.

فصل

وما عطب من هدى التطوع قبل محله لم يجز له أكله لأنه قد يتهم أن يكون أعطبه ليأكل منه، فإن أكل منه أبدله، لقوة التهمة فيما ذكرناه، وما عطب من واجب جاز أكله لأن عليه بدله فلا فائدة فى منعه أكله.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (١/٣٧٩) ح (١٤٦)، والبيهقى فى سننه (٥/٣٧٩) ح (١٠١٧٢).

(٢) أخرجه البخارى: فى الحج (٣/٦٤٦) ح (١٧١٣)، ومسلم: فى الحج (٢/٩٥٦) ح (٣٥٨/١٣٢٠).

(٣) انظر الفتاوى الهندية (١/٢٦٢)، الهداية للمرغينانى (١/٢٠١).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

لا ينكح المحرم ولا ينكح خلافًا لأبى حنيفة[١] لقوله ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح»[٢]، ولأنها عبادة تمنع الطيب فمنعت عقد النكاح كالعدة، وله أن يراجع لأنه ليس بابتداء عقد وإنما هو استصلاح لما انثلم منه.

فصل

المعتمرة إذا حاضت قبل أن تطوف فإن كان فى وقتها سعة: انتظرت أن تطهر وتتم العمرة ثم تنشئ إحرامًا بالحج، وإن ضاق وقتها وهى تريد الحج وتخاف الفوات أردفت الحج على العمرة وصارت قارنة وعليها الهدى ثم يستحب لها أن تستأنف عمرة بعد الإحلال كما فعل ﷺ بعائشة رضى الله عنها[٣].

فصل

يوم الحج الأكبر يوم النحر لأن فيه يقع التحلل ويفتتح الرمى، ولأن الوقوف الذى يتعلق إدراك الحج به هو بليلته المضافة إلى يومه، ولأن ما بعده تابع له.

فصل

وأشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة لقوله تعالى: ﴿أشهر معلومات﴾ [البقرة:١٩٧]، وأقلها ثلاثة كاملة، ولأن كل شهر كان أوله من أشهر الحج، فكذلك آخره، أصله: شوال، وفائدة ذلك تعلق الدم بتأخير طواف الإفاضة وبخروجه والله أعلم.

* * *

---

(١) قال المرغينانى: (ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا فى حالة الإحرام). الهداية (١/ ٢١٠)، الاختيار للموصلى (١/١٩).

(٢) أخرجه مسلم فى النكاح (٢/ ١٠٣٠) ح (٤١/١٤٠٩)، وأبو داود فى المناسك (٢/ ١٧٥) ح (١٨٤١)، وأحمد فى المسند (١/ ٨٠) ح (٤٦٤).

(٣) أخرجه البخارى : فى الحج (٣/ ٤٨٥) ح (١٥٥٦) ، ومسلم : فى الحج (٢/ ٨٧٠) ح (١١١/١٢١١).

٨
كتاب الجهاد

الأصل في الجهاد[1] قوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر﴾ [التوبة:٢٩]، وقوله جل ذكره ﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم﴾ [البقرة:٢١٦]، وقوله: ﴿قاتلوا الذين يلونكم من الكفار﴾ [التوبة:٢٣]، وقوله: ﴿انفروا خفافًا وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله﴾ [التوبة:٤١]، وقوله ﴿يا أيها الذين آمنوا ما لكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثاقلتم إلى الأرض﴾ [التوبة:٣٨]، وهذا تأكيد يدل على قوة وجوبه.

ومن السنة قوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[2]، وفيه أخبار كثيرة ترد في مسائل الباب الأول، ولا خلاف بين الأمة في وجوبه[3].

فصل

وهو من فروض الكفايات دون الأعيان فمن قام به سقط به الفرض عن الباقين، ووجه القيام به أن تحرس الثغور[4] وتعمر وتحفظ بالمنعة والعدد، ولا تجوز المهادنة إلا لضرورة تدعو إليها، والقتال واجب لا يعدل عنه إلا بإجابة أهل الكفر إلى أحد أمرين: إما الدخول في الإسلام أو بذل الجزية لنا في دارنا.

---

(١) الجهاد في اللغه: مشتق من الجهد وهو التعب فمعنى الجهاد في سبيل الله المبالغة في إتعاب الأنفس في ذات الله.

وشرعًا: قتال مسلم كافرًا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله أو حضوره له أو دخول أرضه له، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٢٠).

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد (٦/ ١٣٠) ح (٢٩٤٦)، ومسلم في الإيمان (١/ ٥١) ح (٣٢/ ٢٠).

(٣) انظر مراتب الإجماع لابن حزم (ص ١١٩)، المغني (١٠/ ٢٦٤).

(٤) الثغور جمع ثغر: موضع المخافة من حصن وغيره، وقال أبو السعادات: هو موضع المخافة من أطراف البلاد، المطلع (ص ٢١٠).

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ [التوبة:٥]، وقوله: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله...﴾ إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة:٢٩]، وقوله ﷺ لأمرائه: «اغزوا على اسم الله قاتلوا من كفر بالله ادعوهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله فإن أجابوا فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين، فإن أبوا فادعوهم إلى الجزية فإن أعطوها فاقبلوها منهم فإن أبوا فاستعينوا الله على قتالهم»[١].

وإنما شرطنا أن يكون في دارنا ليكون أخذها على وجه الذل والصغار ولئلا يكون ذريعة إلى الإمهال ليتقووا على قتالنا.

فصل

ومن منعه أبواه من الجهاد فليمتنع إلا أن يكون قد تعين الفرض عليه مثل أن يفجأ العدو فيحتاج إليه في الدفع عنها وكذلك إن كان أوجبه على نفسه في وقت بعينه، والأصل فيه قوله ﷺ: «إن كان الغزو عند باب البيت فلا تذهب إلا أن يأذن أبواك»[٢] ولأن طاعتهما من فروض الأعيان فهو أولى من فروض الكفايات ، فأما إذا تعين عليه فلا يمتنع بمنعهما ؛ لأن منعهما له غير جائز لهما كمنعهما إياه من الصلاة والصوم الواجبين.

فصل

ولا بأس بإحراق أرض العدو وزروعهم وعقر دوابهم وقطع أشجارهم وفعل كل ما ينكيهم ويضر بهم، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا يطئون موطئًا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلاً إلا كتب لهم به عمل صالح﴾ [التوبة:٩]، وقوله عز وجل: ﴿ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين﴾ [الحشر:٥] ونزلت في قطعه ﷺ نخل بني النضير[٣]، وقوله في خيبر، ﴿يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (٣/١٣٥٧) ح (٣/١٧٣١) ، وأبو داود في الجهاد (٣/٣٧) ح (٢٦١٢)، والترمذي في السير (٤/١٦٢) ح (١٦١٧).

(٢) أخرجه الطبراني في الصغير ورجاله رجال الصحيح غير شيخ الطبراني أسامه بن علي بن سعيد بن بشير وهو ثقة ثبت كما هو في تاريخ مصر، انظر مجمع الزوائد (٥/٣٢٥).

(٣) أخرجه البخاري في الجهاد (٦/١٧٩) ح (٣٠٢١)، ومسلم في الجهاد (٣/١٣٦٥) ح (١٧٤٦/٢٩).

المؤمنين﴾ [الحشر:٢]، وهدم النبى ﷺ بعض خيبر، وقطع بعض[1]، ولأن ذلك من التضييق عليهم وإضعاف أمرهم وتوهينه فليس بأكثر من إباحة قتلهم.

فصل

ويكره تحريق النحل وتفريقها لنهيه ﷺ عن تعذيب الحيوان إلا لمأكلة[2]، وروى عن على رضى الله عنه أنه نهى عن ذلك، ولأنها تنتقل إلى ديارنا كحمام الأبرحة ففى تركها استبقاء لها لمنفعة المسلمين، فإن اتفق أن يكون مجتمعة فى موضع يكثر نفعهم بها ويؤثر فيهم إتلافها جاز ذلك لأنها ليست بأعظم حرمة من الخيل والأنعام التى تعرقب[3] أو توجأ إذا عجز المسلمون عن سوقها.

فصل

ولا يقاتل العدو إلا بعد أن يدعو إلا أن يعجلونا لأنه ﷺ كان يوصى بذلك أمراءه فيقول: «إذا لقيت عدواً من المشركين فادعهم إلى ثلاث خلال: ادعهم إلى الدخول فى الإسلام فإن أجابوك إليه فاكفف عنهم»[4]، ولأنهم قد يجيبون إلى الإسلام فيستغنى عن قتالهم وهذا مستحسن فيمن بلغتهم الدعوة فأما من يخاف أن تكون لم تبلغه أو أن يكون قد سمع بها ولا يدرى ما هى فيجب أن يدعى وكل هذا إذا أمكنونا فإن أعجلونا تركت وتشوغل بقتالهم لأن التوقف حينئذ تمكين للعدو من المسلمين وذلك عين المحظور.

فصل

ومن غلَّ[5] شيئًا من الغنيمة ولم يورده المقاسم ثم ظهر عليه عوقب ولم يقطع ولم

(١) أخرجه البخارى فى التفسير (٨/٤٩٧) ح (٤٨٨٤)، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٣٦٥) ح (١٧٤٦/٣٠).

(٢) قال الحافظ الزيلعى: غريب، وقد رواه ابن أبى شيبة أثراً لأبى بكر، انظر نصب الراية (٣/٤٠٦ - ٤٠٧).

(٣) العرقوب: عصب غليظ فى رجل الدابة بمنزلة الركبة فى يدها، والتعرقب هو قطع هذا العصب، انظر القاموس المحيط (١/١٠٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الغلول: بضم الغين المعجمة أى: الخيانة من الغنيمة قبل حوزها، الشرح الكبير، حاشية الدسوقى (٢/١٧٩).

يحرم سهمه، وإنما قلنا: إنه يعاقب أدبًا له لأنه أتى محرمًا وغصب المسلمين أموالهم وخانهم، وقد قال ﷺ: «الغلول عار ونار وشنار على صاحبه»(١)، وروى أن رجلاً مات فدعى النبي ﷺ ليصلى عليه فامتنع وقال: «صلوا على صاحبكم فإنه قد غلّ» ففتشوا رحله فوجدوا فيه خرزات(٢) لا تساوى درهمين(٣).

فصل

وإنما قلنا: لا يقطع لأنه خائن وليس بسارق وقد قال ﷺ: «ليس على خائن قطع»(٤)، وقال: «من وجدتموه قد غلّ فأحرموه سهمه وأحرقوا رحله»(٥)، ومعلوم أن هذا على وجه التغليظ ولم يأمر بقطعه فلو كان القطع واجبًا لأمر به، فإن سرقها بعد حيازتها يذكر فى باب السرقة.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يحرم سهمه خلافًا لقوم لأنه قد استحق السهم بحضور سببه من القتال والحضور وغلوله لا يخرجه عن ذلك فلم يجب سهمه، ولأنه ليس فى الغلول إلا ركوب أمر محرم وذلك طارئ بعد استحقاق السهم فلا يؤثر فيه.

---

(١) أخرجه النسائى فى الهبة (٦/ ٢٢٠) باب (هبة المشاع)، وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٥٠) ح (٢٨٥٠)، قال فى الزوائد: فى إسناده عيسى بن سنان، اختلف فيه كلام ابن معين، قال: لين الحديث وليس بالقوى، قيل: ضعيف، وقيل: لا بأس به، وذكره ابن حبان فى الثقات. وباقى رجال الإسناد ثقات. وأحمد فى المسند (٢/ ٢٤٨) ح (٦٧٣٨) ومالك فى الموطأ (٢/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨) ح (٢٢)، قال ابن عبد البر: لا خلاف عن مالك فى إرساله.

(٢) الخرزات جمع خرزة وهى الجوهر وما ينتظم ونبات من النجيل منظوم من أعلاه إلى أسفله حبًا مدورًا، القاموس المحيط (٢/ ١٧٥).

(٣) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٦٨) ح(٢٧١٠) والنسائى فى الجنائز (٤/ ٥٢) (باب الصلاة على من غل) وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٥٠) ح (٢٨٤٨)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٤٥٨) ح (٢٣).

(٤) أخرجه أبو داود فى الحدود (٤/ ١٣٥) ح (٤٣٩٢)، وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٦٤) ح (٢٥٩٢)، والنسائى فى قطع السارق (٨/ ٨١) باب (ما لا قطع فيه)، والترمذى فى الحدود (٤/ ٥٢) ح (١٤٤٨)، وقال: حسن صحيح.

(٥) أخرجه الترمذى فى الحدود (٤/ ٦١) ح (١٤٦١) وقال: غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه. والدارمى فى السير (٢/ ٣٠٣) ح (٢٤٩٠)، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ١٧٤ ـ ١٧٥) ح (١٨٢١٣).

فصل

وتخمس الغنيمة وسائر أنواعها من عين وعرض ونهب وسلب[1] ولا يختص القاتلون بالأسلاب إلا أن يرى الإمام أن يخصهم بها بوجه من الاجتهاد فيكون لهم حينئذ وقال الشافعي: الأسلاب غير مخمسة وهي للقاتلين دون غيرهم من أهل العسكر[2]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿**واعلموا أن ما غنمتم من شيء فأن لله خمسه**﴾ [الأنفال: ٤١] فأضاف الغنيمة إلى جماعة الغانمين واستثنى منها الخمس فدل على أن ما عداه لهم سلبًا كان أو غيره، وقوله ﷺ: «أدوا الخياط والمخيط»[3] فعم السلب وغيره، وروى أنه ﷺ سئل عن الغنيمة فقال: «لله خمسها وأربعة أخماسها للجيش» قيل: هل أحد أحق بها من أحد؟ قال: «لا ولا السهم تستخرجه من جنب أخيك المسلم»[4]، ولأنه مال مغنوم عن المشركين في الحرب فلم يختص به بعض الجيش دون الباقين إلا بأذن الإمام، أصله: ما عدا السلب واعتبارًا به إذا قتله مُدْبِرًا.

فصل

وإنما قلنا: إن للإمام أن ينادي بذلك إذا رأى ضعفاء من الجيش يرغبهم ويغريهم عن القتال وقد فعل النبي ﷺ ذلك يوم حنين ونادى: «من قتل قتيلاً فله النفل»[5].

فصل

النفل[6] كله من الخمس سلبًا كان أو غيره والنفل زيادة على السهم لمن ليس من أهل

---

(١) قال ابن عرفة: (قال ابن حبيب: السلب هو كل ثوب عليه وفرسه الذي هو عليه أو كان يمسكه لوجه قتال عليه لا ما تجنب أو كان منفلتا عنه، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٣٤).

(٢) قال النووي: (وأما كيفية إخراج السلب ففي تخميسه قولان. المشهور: لا يخمس. والثاني: يخمس فيدفع خمسه لأهل الخمس وباقيه للقاتل ثم يقسم باقي الغنيمة)، روضة الطالبين (٦/ ٣٧٥)، مغني المحتاج (٣/ ١٠١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ١٠٥ ـ ١٠٦) ح (١٨٠١٢).

(٥) أخرجه البخاري في فرض الخمس (٦/ ٢٨٤) ح (٣١٤٢)، ومسلم في الجهاد (٣/ ١٣٧٠) ح (٤١/ ١٧٥١).

(٦) قال ابن عرفة: «ما يعطي الإمام من خمس الغنيمة لمستحقها لمصلحة» شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٣٣).

السهم يفعله الإمـام لرأى يراه ويخص به إنسانًا بعينه لحراسة أو محـاصرة أو تجسيس أو تخبـرًا وزيادة عناء أو حسن بلاء أو غـير ذلك مما يؤديه اجتـهاده إليـه فيكون ذلك من الخمس لأن الأربعة الأخماس ملك للغـانمين فلا يجوز له أن يهب ملك غيره، والأصل فيه قوله عز وجل: ﴿واعلموا أن مـا غنمتم من شيء فأن لله خمـسه﴾ [الأنفال: ٤١] فدل مفـهومـه أن الأربعة الأخمـاس للغانمين، وقـوله ﷺ: «ما لى مما أفـاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم»[١].

مسألة

ما حصل فى أيدى العدو من أموال المسلمين على وجه الإغارة فإن أسلم من حصل فى يديه وهو معـه فلا سبيل لمالـكه من المسلمين عليه وهو ملك لمن أسلم عليـه خلافًا للشـافعى فى قولـه: إنه على ملك المسلم يكون له بغيـر ثمن[٢] لقولـه ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله»[٣] ولأن للكفار شبه ملك على ما حازه من أموال المسلمين يدل عليه قوله تعالى: ﴿للفقـراء المهاجـرين الذين أخرجوا من ديـارهم وأموالهم﴾ [الحشر: ٨] فسماهم فقراء بعـد هجرتهم وتركهم ديارهم وأموالهم، ولأنه لا خلاف أنهم لو اسـتهلكوه حال شركهم ثم أسلموا لم يضمنوه، ولو أتلفه مسلم على صاحبه للزمه غرمه فدل ذلك على ثبوت شبهة ملك للمشرك.

فصل

فإذا ثبت هذا فإن عـاد إلى المسلمين بالغنيمة فى دار الحرب قـبل إسلام من كان فى يده فإن علم أنه ملك لمسلم لم يجز للـجيش تملكه ولزم تركه إلى أن يأتى ربه، وإن لم يعلم أنه مال لمسلم فللغانمين تملكه واقـتسامه فإن أتى وأقام البينة على تملكه قـبل قسمته فهو له بغير ثمن خلافًا لعمرو بن دينار فى قوله: إنه ملك لمن غنمه دون ربه[٤]، وإن لم يعلم حتى قـسم فصـاحبه أولى به بالثـمن فإن لم يبذل قـيمتـه فليس له أخذه خـلافا

(١) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٨٢) ح (٢٧٥٥)، والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٢٦) ح (١٣١٧٧).

(٢) قال النووى: (وإذا أسلموا والمال فى أيديهم لزمهم رده إلى أصحابه وإن غنمه طائفة من المسلمين لزمهم رده إلى صاحبه). روضة الطالبين (١٠/ ٢٩٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) نقله ابن قدامة فى المغنى فـقال: (وقال الزهرى: لا يرد إليه وهو للجيش ونحـوه عن عمرو بن دينار لأن الكفار ملكوه باستيلائهم فصار غنيمة كسائر أموالهم)، المغنى (١٠/ ٤٧٨).

للشافعي في قوله: إنه له بغير ثمن قبل القسم وبعده[١].

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا علم به قبل القسم فهو لمالكه بغير ثمن لحديث ابن عباس قال: وجد رجل من المسلمين بعيراً له في المغنم قد كان أصابه المشركون فقال له النبي ﷺ: «إن وجدته في المغنم فخذه وإن وجدته قد قسم فأنت أحق به بالثمن»[٢]، وحديث ابن عمر أنه ذهب فرس له فأخذها فظهر عليهم المسلمون فردت عليه في زمان النبي ﷺ[٣]، ولأنه على أصل ملكه لم يزل عنه بقسم ولا بإسلام من هو في يديه وقد زالت شبهة الملك عمن كان في يده بعوده إلى المغانم فكان ملكًا لصاحبه.

وإنما شرطنا أن يعلم ذلك ببينة لأن الظاهر أنه من أموال الكفار وأنه بين المسلمين في جملة الغنائم ومدعيه يزعم أنه هو مستحق له دونهم بأصل الملك وأنه لا يستحق قسمته فلا يقبل منه إلا ببينة.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا قسم لم يكن له إلا بالثمن للحديث الذي رويناه وفيه: «فإن وجدته قد قسم فأنت أحق به بالثمن»[٤] وهذا نص، ولأنه لما جاز أن يملك المسلم على الكافر بالقهر والغلبة جاز أن يملك الكافر عليه بمثل ذلك، ولأن قسم الإمام قد قطع حق صاحبها منها مع تقدم شبهة يد الكافر عليها، ولأن من حصلت في يده بالقسم أخذها بحق سهمه بحكم الإمام فلو قلنا: إنها تؤخذ منه بغير بذل لأدى ذلك إلى بطلان حقه من الغنيمة لأن الإمام لا يغرمه له ولا يقدر أن يرجع به على الغانمين.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا بذل الثمن كان أولى به ممن حصل في يده لأنه مقدم عليه بحرمة

---

(١) انظر روضة الطالبين (١٠/ ٢٩٤).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ١١٤ - ١١٥) ح (٣٩)، والبيهقي في سننه (٩/ ١٨٨) ح (١٨٢٥٢) عن الحسن بن عمارة وهو متروك، وأخرجه الطبراني في معجمه وأبو داود في مراسيله في حديث آخر، انظر نصب الراية (٣/ ٤٣٤).

(٣) أخرجه البخاري في الجهاد (٦/ ٢١١) ح (٣٠٦٩).

(٤) تقدم تخريجه.

تقدم الملك، ولأنه إذا أعطاه الثمن صار الثمن كأنه هو المستحق وفى الحديث: «فأنت أحق به بالثمن»[١].

مسألة

ويجوز للعسكر أكل الطعام وذبح الماشية وأخذ العلوفات قبل القسم ولا يحاسبون به فى الغنيمة لأن الصحابة كانوا يفعلون ذلك[٢]، ولم ينقل أنه ﷺ أنكر ذلك عليهم ولا أحد من الأئمة بعده ولا أنهم تشاحوا فى طعام ولا علوفة، ووصى أبو بكر الصديق رضى الله عنه بذلك يزيد بن أبى سفيان قال: لا تذبحن شاة إلا لمأكلة[٣] ولأن بالعسكر حاجة إلى ذلك لهم ولخيلهم ولو منعوا منه لضاق بهم ولاحتاجوا إلى الشراء أو استعداد ما يكفيهم إلى آخر الحرب من دار الإسلام وذلك باطل.

فصل

ومن مات واصلاً فى أرض العدو وقبل القتال فلا سهم له ومن جاء بعد انقضاء الحرب فلا سهم له وإن حضر القتال فقاتل أو كثر أسهم له يعنى إلى انقضاء الحرب أو قاتل ومات ويأخذ ورثته سهمه، وإن حضر مريضًا لا يمكنه القتال حتى انقضت فله سهمه.

فصل

وإنما قلنا: من مات قبل القتال فلا سهم له لأنه لم يحصل منه قتال ولا حضور لسببه فيكثر ولا أثر فيه يفعل أصلاً فكان بمنزلة أن يموت فى دار الإسلام، ولأن القتال سبب الغنيمة دون الخروج لأنه قد يلقى العدو إذا خرج وقد لا يلقاه.

فصل

وإنما قلنا: إن من جاء بعد انقضاء الحرب فلا سهم له خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن المدد إذا جاء بعد تقضى الحرب والغنيمة لم تحمل إلى دار الإسلام فإنه يسهم له وإن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أثر أخرجه البخارى فى فرض الخمس (٦/٢٩٤) ح (٣١٥٤) من حديث ابن عمر.

(٣) تقدم تخريجه.

حملت إلى دار الإسلام لم يسهم له[1]، لقوله تعالى: ﴿**واعلموا أن ما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول**﴾ [الأنفال:٤١] فجعل بما في الغنيمة لمن غنمها ومن جاء بعد تقضي الحرب فلم يغنم شيئًا فلم يكن له، وروى «الغنيمة لمن شهد الوقيعة»[2] وأظن بعضهم رفعه، ولأنه لم يحضر الحرب ولم يحصل منه قتال [فأشبه إذا جاء بعد الغنيمة ولأن من جاء بعد انقضاء الحرب ولم يحصل منه قتال][3] ولا معاونة عليها فأشبه من جاء بعد عودة الناس إلى دار الإسلام.

فصل

وإنما قلنا: إن من شهد القتال فله سهمه قاتل أو لم يقاتل فلأنه حضر سبب الغنيمة وهو القتال، ولأنه ليس كل الجيش يقاتل لأن ذلك خلاف مصلحة الحرب لأنه يحتاج أن يكون بعضهم في الردء وبعضهم يحفظون السواد وبعضهم في العلوفة على حسب ما يحتاج إليه في الحرب، فلو قلنا: إنهم يقاتلون كلهم لم يستمر على ما بيناه، [ولو قلنا: إنه لا يستحق إلا من قاتل لكان كل الجيش يقاتلون فيبطل التدبير][4]، ولذلك قلنا: إن المريض يسهم له لأنه قد شهد الوقعة وحصل منه التكثير، وقيل في قوله تعالى: ﴿**وقيل لهم تعالوا قاتلوا في سبيل الله أو ادفعوا**﴾ [آل عمران:١٦٧]، أي: كثروا.

فصل

وإنما قلنا: إن له سهمه وإن قتل في أول الحرب لأنه قد استحقه بالقتال والحضور، فإن بقي كان له وإلا فلورثته؛ لأنه حق تركه فوجب أن يورث عنه.

فصل

ولا يسهم للأجراء والصناع المتشاغلين باكتسابهم خلافًا لمن قال: إنه يسهم لهم[5] لقوله تعالى: ﴿**وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله وآخرون يقاتلون في سبيل الله**﴾ [المزمل:٢٠] ففرق بين حكميهما، ولأنه لم يحصل منه المعنى الذي يستحق به

---

(١) انظر الفتاوى الهندية (٢/٢٠٨)، الاختيار (٣/٣٢٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) هو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد. المغني (١٠/٥٢٩ ـ ٥٣٠).

السهم وهو القتال والتكثير والمعاونة لأنه إنما حضر لخدمة من استأجره أو لغرض من الأغراض غير القتل فلم يستحق السهم.

فصل

فأما من قاتل فله سهمه خلافًا لمن قال: لا سهم له أصلاً[1]؛ لأنه ممن خوطب بالجهاد فإذا قاتل أسهم له كغير الأجير، ولأنه ليس فى كونه أجيرًا أكثر من أنه عوض على منافعه وذلك لا يمنع السهم له إذا قاتل كالذى يحج عن غيره ومعه تجارة أو يؤاجر نفسه للخدمة لأن ذلك لا يمنع صحة الحج.

فصل

ولا يسهم لعبد ولا امرأة ولا صبى لأن هؤلاء فرض الجهاد ساقط عنهم فلم يسهم لهم ولا بأس أن يرضخ[2] للمعاونة الحاصلة منهم فأما الصبى المراهق إذا أطاق القتال فيسهم له عندنا خلافًا لأبى حنيفة[3] والشافعى[4] لحديث سمرة بن جندب قال: كان رسول الله ﷺ يعرض عليه غلمان الأنصار فيلحق من أدرك منهم فعرضت عليه عامًا فألحق غلامًا وردنى فقلت يا رسول الله: ألحقته ورددتنى ولو صارعنى لصرعته قال: فصارعنى فصرعته فألحقنى[5]، ولأنه قد وجد فيه ما يوجد فى البالغ من القتال والمكابدة للعدو وهو من الجنس الذى يسهم له فكان كالبالغ.

---

(١) قال به الأوزاعى وإسحاق وأحمد فى إحدى روايتيه. المغنى (١٠/٥٢٩).

(٢) الرضخ. هو العطاء غير الكثير، القاموس المحيط (١/ ٢٦٠).

(٣) قال الموصلى: (والمملوك والصبى والمكاتب يرضخ لهم دون سهم إذا قاتلوا وللمرأة إن داوت الجرحى، والأصل إن كل من لا يلزمه القتال فى غير حالة الضرورة لا يسهم له لأنه ليس من أهله ومن يلزمه القتال يسهم له لأنه من أهله لأنا لو أسهمنا للكل لسوينا بينهم ولا يجوز)، الاختيار (٣/٣٢٨).

(٤) روضة الطالبين (٦/ ٣٧٠)، مغنى المحتاج (٣/ ١٠٥).

(٥) أخرجه البيهقى فى سننه (٩/٨٦) ح (١٧٩٥١) مرفوعًا وموقوفًا وقال: الصحيح أنه موقوف. وأخرجه ابن أبى شيبة والطبرانى وابن عدى من طريق بخترى بن مختار عن عبد الرحمن بن مسعود عن على موقوفًا، انظر تلخيص الحبير (٣/ ١١٧) ح (٧).

فصل

للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه خلافًا لأبي حنيفة في قوله : إن له سهمين[١] لما رواه ابن عمر أنه ﷺ كان يسهم للخيل للفرس سهمين وللفارس سهما[٢]، ورواه ابن عباس[٣] وغيره، ولأن الفارس لما زيد على الراجل لكثرة مؤونته وكانت مؤونة الفرس أكثر من مؤونة فارسه فوجب أن يزاد له أيضًا بمثل ما له زيد فارسه على الراجل.

فصل

وللراجل سهم لأن النبي ﷺ كذلك أسهم له وأضعف للفارس والفرس، ولأن ذلك يوجب المساواة إلا أن يكون هناك معنى يقتضي الزيادة وليس ذلك بالفرس وقد ذكرناه.

فصل

وإذا كان له عدة أفراس لم يسهم إلا لواحد خلافًا لأبي يوسف وغيره في قوله: إنه يسهم لفرسين ولا يسهم لما زاد عليهما[٤] ولابن الجهم من أصحابنا، لأن النبي ﷺ لم يسهم إلا لواحد في حروبه كلها، وكذلك الأئمة بعده، ولأن العدو لا يمكن أن يقاتل إلا على فرس واحد وما زاد على ذلك رفاهة وزيادة لا يؤثر في زيادة السهمين كالذي معه زيادة سيوف أو رماح واعتبارًا بالثالث والرابع.

فصل

والهجن[٥] والبراذين[٦] إن أجازها الإمام أسهم لها لأنها في جنس الخيل العتاق

---

(١) انظر الاختيار للموصلي (٣/٣٢٦)، الهداية للمرغيناني (٢/٤٣٨).

(٢) أخرجه البخاري: الجهاد (٦/٧٩) ح (٢٨٦٣)، ومسلم: الجهاد (٣/١٣٨٣) ح (٥٧/١٧٦٢).

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١٢/١٢٤) ح (١٢٦٦٠)، ذكره الحافظ الهيثمي. وقال: فيه نهشل ابن سعيد وهو متروك، انظر مجمع الزوائد (٥/٣٤٣).

(٤) قال الموصلي: (وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين» ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر). الاختيار (٣/٣٢٧).

(٥) الهجن جمع هجين: وهو ما كان أبوه عربي وأمه نبطية أي: رديئة. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/١٩٣).

(٦) جمع برذون: وهو الفرس العظيم الخلقة الغليظ الأعضاء. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/١٩٣).

وتولدها، وإنما شرطنا إذن الإمام لأن الانتفاع بها يختلف بحسب المواضع فالهجن والبراذين تصلح للمواضع المتوعرة كالشعاب والجبال والعتاق[1] تصلح للمواضع التى يأتى فيها الكر والفر فكان ذلك متعلقًا برأى الإمام، والعتاق: خيل العرب، والهجن والبراذين: خيل الفرس والروم.

فصل

ولا يسهم لبغل ولا حمار ولا بعير لقوله ﷺ: «للفرس سهمان»[2] فخصه بالإسهام، ولأنه لم ينقل عنه أنه ﷺ أسهم لما سوى الخيل ولا الأئمة بعده، ولأنه لا يتأتى القتال عليها ولا تصلح للكر ولا للفر وإنما تصلح للحمولة.

فصل

إذا خرجت سرية[3] من عسكر فغنمت بينهما وبين بقية العسكر، وإن خرجت من بلد لم يقسم لأهل البلد معهم، والفرق بين الموضعين أنها إذا خرجت من جملة عسكر فبقية العسكر ردء لها وعون فبقوتهم وصلت إلى الانفراد لأنه لو دهمها أمر لأمدها بقية العسكر ولولا أنهم خلفها لما أقدمت على التقدم والانفراد، وليس كذلك إذا خرجت من بلد لأن أهل البلد ليسوا عونًا لها حينئذ ولا ردءًا بدليل أنه لو دهمها أمر لم يصل أهل البلد إلى معونتها ولا انتفعت بهم بانقطاعهم عنها فإذا كان كذلك وجب انفرادها بما غنمت.

مسألة

ما غنم من أموال أهل الحرب على وجهين: منه مغنوم بقتال أو إيجاف[4] عليه بخيل أو ركاب فهذا يخمس فيكون خمسه للإمام وأربعة أخماسه للغانمين والأصل فيه قوله تعالى: ﴿واعلموا أن ما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] فدل على أن أربعة أخماسه للغانمين، وقوله ﷺ: «ما لى مما أفاء الله عليكم إلا الخمس»[5] فدل أن

(١) جمع عتيق: وهو الفرس الذى أبواه عربيين، المطلع (ص ٢١٦ ـ ٢١٧).

(٢) قال الفيروزآبادى: السرية من خمسة أنفس إلى ثلثمائة أو أربعمائة. القاموس المحيط (٤/ ٣٤٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما حصل بأعمال الخيل وسير الإبل، القاموس المحيط (٣/ ٢٠٣).

(٥) تقدم تخريجه.

الباقى لهم.

ومنه مغنوم بغير إيجاف ولا حاجة إلى قتال وذلك هو ما ينجلى عنه أهله ويتركونه رهبة وفزعًا فهذا لا يقسم بل يصرف جميعه فى مصالح المسلمين وحكمه حكم الخمس من الغنيمة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يخمس[1] والأصل فيه قوله تعالى: ﴿**وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء**﴾ [الحشر:٦] فأخبر تعالى بأن استحقاقهم القسم لا يكون إلا بإيجافهم، وروى أنه ﷺ لما نزل على بنى النضير فزعوا وجعلوا ينقبون الحصون ويهربون وحاز هو ﷺ الديار بما فيها فانتظر المسلمون القسم بينهم فنزلت هذه الآية[2].

فصل

الفىء[3] وخمس الغنيمة والخراج[4] والجزية[5] حكم كله واحد لا يخمس شىء منه

(١) ليس هذا مذهب الإمام الأعظم، بل هو مذهب الشافعى فقد قال المرغينانى: وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج، قالوا: هو مثل الأراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس فى ذلك.
وقال الشافعى رحمه الله: فيها الخمس اعتباراً بالغنيمة. ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية، وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما، ووضع فى بيت المال ولم يخمس. الهداية (٤٤٧/٢)، بدائع الصنائع (١١٦/٧).
وقال شيخ الإسلام موفق الدين: قال القاضى: لم أجد فيما قال الخرقى فى أن الفىء مخموس نصًا فأحكيه، وإنما نص على أن غير مخموس وهذا قول عامة أهل العلم.
ثم قال: قال ابن المنذر: ولا يحفظ عن أحد قبل الشافعى فى الفىء خمس كخمس الغنيمة، انظر المغنى لموفق الدين (٢٩٩/٧)، ويدل على هذا الذى قلناه من أنه مذهب الشافعى نصه حيث قال الإمام المعظم: فالغنيمة والفىء يجتمعان فى أن فيهما معًا الخمس من جميعهما لمن سماه الله تعالى له، ومن سماه الله عز وجل له فى الآيتين معًا سواء مجتمعين غير متفرقين، انظر الأم للإمام الشافعى (٦٤١٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن عرفة: (هو المأخوذ من مال كافر مما سوى الغنيمة وسوى المختص يأخذه المحدودين) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٣٠).

(٤) الخراج عبارة عما قرر على الأرض بدل الأجرة المطلع (ص ٢١٨).

(٥) هى ما ألزم الكافر من مال لأمنه باستقراره تحت حكم الإسلام وصونه»، شرح حدود ابن عرفة (٢٢٧/١).

بل يأخذ الإمام من كفايتـة وعياله بغير تقدير بل لو احتاج إلى جميعه لأخذه ويصرف الباقى فى مصالح المسلمين من بناء القناطر والمساجد وعمارة الثغور وأرزاق القضاة على حسب ما يؤديه إليـه اجتهاده، [ويعطى من قرابة النبى ﷺ على ما يـؤديه اجتهاده][١]، وقال أبو حنيفة: يقسم خمس الغنيمة على ثلاثة أسـهم: سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السـبيل، قـال وسهم النبى ﷺ وقـد سقط بموته[٢]، وقال الشافـعى يقسم خمـسة أخمـاس: سهم للنبى ﷺ ويصـرف اليوم فى مـصالح المسلمـين وسهم لذوى القربى غنيهم وفقيرهم، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل[٣].

وحكى عن طاوس وغيره زيادة سـهم سادس وهو ما ينصرف إلى عمـارة الكعبة[٤]، فدليلنا قوله ﷺ: «ما لى مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم»[٥]، ولم يقل: إن خمس الخـمس مردود فـدل على أن ما زاد على قدر كـفايته مـنه ينصرف فى مصالح المسلمين، ولأن أبا بكر وعمر وعثـمان وعليًا رضوان الله عليهم قسموا الخمس على الاجتهاد[٦].

وروى أن أبا بكر وعـمر رضى الله عنهـما كـانا لا يعطيان من سـهم النبى ﷺ إلا الفقراء[٧] وأن عمر بن الخطاب تلـى قوله تعالى: ﴿ما أفاء على رسوله...﴾ إلى قوله: ﴿والذين جاءوا مـن بعدهم﴾ [الحشر: ٧ ـ ١٠] فقـال: إن هذه الآية قد استـوعبت الناس كلهم حتى الراعى بعدن[٨].

وروى أن عليًا دخل على عمـر رضى الله عنهمـا فى المرض الذى مات فيـه فأعطاه سـهم ذوى القربى فـقال علـى رضى الله عنه: إن بناء العام غـنى عنه وبالناس حاجـة فاقسمه فيهم[٩]، ولأنه نصيب من الخـمس فجازٍ صرفـه إلى الفقراء ومصـالح المسلمين

(١) ما بين المعكوفين سقط فى (أ).
(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٤٤٠)، الاختيار للموصلى (٣/ ٣٢٨).
(٣) انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٥٥).
(٤) نقله ابن قدامة فى المغنى وعزاه إلى (أبو العالية)، المغنى (٧/ ٣٠٠).
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) أخرجه البيهقى فى سننه (٦/ ٥٥٩) ح (١٢٩٦٢).
(٧) أخرجه البيهقى فى سننه (٦/ ٤٨٤) ح (١٢٧٢٥) بنحوه.
(٨) أخرجه البيهقى فى سننه (٦/ ٥٧١ ـ ٥٧٢) ح (١٣٠٠٢).
(٩) مصنف عبد الرزاق (٥/ ٢٣٧).

اعتبارا بما عدا خمسه عليه السلام، وأما عمارة الكعبة فلم ينقل عن النبى ﷺ ولا عن أحد من الأئمة أن لها سهمًا مقدرًا فكانت كسائر المصالح إن احتيج إلى عمارتها أنفق عليها بقدر الحاجة.

مسألة

الإمام فى الأسارى مخير بين أشياء:

إما قتلهم أو استرقاقهم أو فدائهم أسارى إن كانوا فى أيدى العدو من المسلمين، أو منٌّ عليهم وأطلقهم بغير شىء، أو عقد ذمة على أداء الجزية فى بلادنا فإذا لم يقتلهم فبأى [وجه][1] رآه من هذه الوجوه فقد حصل لهم معه الأمان فلا يجوز بعده قتلهم.

فصل

فأما جواز قتلهم فلا خلاف فيه إلا ما يحكى عن بعض التابعين، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿مـا كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض﴾ [الأنفال:٦٧] قيل: بالقتل الكثير، وقوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ [التوبة:٥]، ولأنه ﷺ قتل جماعة من الأسارى منهم عقبة والنضر بن الحارث وغيرهما[2]، وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال فى الفجاءة: وددت أنى لم أحرقه وكنت قتلته سريحًا أو أطلقته نجيحًا[3]، وقتل أبو موسى الأشعرى دهقان[4] السوس وكان أعطاه الأمان على جماعة لم يدخل نفسه فيهم وليس فى ذلك خلاف يعتمد عليه.

فصل

فأما جواز استرقاقهم فلأنهم جنس مشركون فجاز استرقاقهم إذا رآه الإمام كالنساء والعبيد والصبيان، ولأنه ليس فى كونهم رجالا بالغين إلا خيفة المقاتلة وذلك لا يمنع استرقاقهم كالصبيان إنه يخاف منهم المقاتله بعد الكبر ثم لا يمنع ذلك استرقاقهم.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) أخرجه البيهقى فى سننه (٦/ ١١٠) ح (١٨٠٢٥)، ذكره الحافظ الهيثمى. وعزاه إلى الطبرانى فى الكبير. انظر مجمع الزوائد (٦/ ٩٢)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٣/ ٤٠٢).

(٣) الدهقان بالكسر والضم: القوى على التصرف مع حدة والتاجر وزعيم فلاحى العجم ورئيس الإقليم، القاموس المحيط (٤/ ٢٢٤).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

فأما جواز استبقائهم على أداء الجزية وكونهم أحراراً فاعتباراً، بمن جاءنا ابتداء وسأل عقد الذمة له، ولأن ذلك موجب الظاهر من قوله عز وجل: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة:٢٩]، وقوله ﷺ لأمرائه: «فإن أبوا فادعهم إلى أداء الجزيه»[١]، ولأنهم لو بذلوا ذلك قبل القدرة عليهم لقبلناهم فكذلك بعدها.

فصل

وأما جواز المنِّ عليهم أو المفاداة بهم خلافًا لأبى حنيفة فى منعه الأمرين[٢]، فلقوله تعالى: ﴿فإما منّا بعد وإما فداء﴾ [محمد:٤]، وهذا نص ولأنه ﷺ إذ أراد قتل أبى عزة الشاعر لما أسر ببدر فقال له: أطلقنى فإنى ذو عيال فأطلقه على أن لا يرجع إلى القتال فمضى إلى المشركين وقال: سخرت من محمد ثم عاد فقاتل فأخذ فطلب أن يطلق فقال ﷺ: «لا يلسع المؤمن من جحر مرتين» وقتله بيده[٣] وسئل فى ثمامة بن أثال فمنَّ عليه[٤]، وقال ﷺ: «لو كان مطعم حيّا فسألنى فى هؤلاء لأطلقتهم له»، وأما المفاداة فلقوله تعالى: ﴿فإما منّا بعد وإما فداء﴾ [محمد:٤]، وبفعله ﷺ بأسارى بدر أطلقهم على مال أخذه منهم[٥]، وأطلق أسيراً من عقيل وفادى به رجلين من أصحابه كانا أسيرين من ثقيف[٦].

---

(١) قال المرغينانى: (ولا يفادى بالأسارى عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا: يفادى بهم أسارى المسلمين ولا يجوز المن عليهم)، الهداية (٢/ ٤٣٣)، بدائع الصنائع (٧/ ١٢٠).

(٢) أخرجه البخارى فى الأدب (١٠/ ٥٤٦) ح (٦١٣٣)، ومسلم فى الزهد (٤/ ٢٢٩٥) ح (٦٣/ ٢٩٩٨) بلفظ (لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين ورواه الزهرى بلفظ: لا يلسع .. إلخ)، وعن أبى هريرة مثله، انظر كشف الخفاء للحافظ العجلونى (٢/ ٥٠٥) ح (٥٠٦).

(٣) أخرجه البخارى فى المغازى (٧/ ٦٨٨) ح (٤٣٧٢) ، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٣٨٦) ح (٥٩/ ١٧٦٤).

(٤) أخرجه البخارى فى المغازى (٧/ ٦٨٨) ح (٤٣٧٢) ، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٣٨٦) ح (٥٩/ ١٧٦٤).

(٥) أخرجه مسلم فى الجهاد (٣/ ١٣٨٣) ح (٥٨/ ١٧٦٣)، وأحمد فى المسند (١/ ٣٨) ح (٢٠٩).

(٦) المستدرك للحاكم (٣/ ٣٢٤).

فصل

وإنما قلنا: إن كل ذلك يتضمن الأمان لأنه لا يفعل إلا مع الاستبقاء فلم يجز قتلهم من بعد لأنه قد يكون غدراً، والغدر ممنوع غير جائز لقوله تعالى: ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾ [الأنفال:٥٨]، وقوله ﷺ: «ينصب للغادر لواء يوم القيامة يقال: هذه غدرة فلان»[١].

فصل

أمان الحر المسلم العاقل البالغ لازم لا يجوز نقضه ذكراً كان أو أنثى.

وقال عبد الملك: أمان من سوى أمير الجيش موقوف على إجازته، فإن رأى أن يمضيه وإلا رده.

وجه الأول: قوله ﷺ: «ويسعى بذمتهم أدناهم»[٢] وهذا عام، لأن أم هانئ أجارت رجلاً من المشركين يوم الفتح فقال رسول الله ﷺ: «قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ»[٣] وكذلك العباس مع أبى سفيان أجاره بغير أمر النبى ﷺ فلم ينكر عليه.

ووجه الثانى: هو أنه لا يؤمن أن يكون فى ذلك ضرر على المسلمين فكان موقوفاً على رأى الإمام، ولأنهم لو رأوا استرقاق الأسارى أو المن عليهم وأباه الإمام لكان ذلك إليه فكذلك الأمان، ولأن فى ذلك افتياتاً على الأئمة وتقدماً عليهم وذلك غير جائز.

---

(١) أخرجه البخارى فى الجزية والموادعة (٦/ ٣٢٧) ح (٣١٨٦ ـ ٣١٨٧)، ومسلم فى الجهاد (٣/١٣٥٩) ح (٩/ ١٧٣٥).

(٢) أخرجه النسائى فى القسامة (٨/ ٢١) باب (سقوط القود من المسلم للكافر وأبو داود فى الديات (٤/ ١٧٩) ح (٤٥٣٠)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٨٢) ح (٦٩٨٦)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٣٣٥).

(٣) أخرجه البخارى فى الصلاة (١/ ٥٥٩ ـ ٥٦٠) ح (٣٥٧)، ومسلم فى المسافرين (١/ ٤٩٨) ح (٨٢/ ٧٢٠).

فصل

أمان العبد جائز أذن له سيده فى القتال أو لم يأذن خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه إن لم يأذن له لم يجز أمانه[١] لقوله: «ويسعى بذمتهم أدناهم»[٢] وروى «ويجير عليهم أدناهم»[٣]، ولأن صحة الأمان لا يتعلق بالإذن فى القتال كالحر إذا لم يأذن له الإمام فى القتال.

فصل

والصبى إذا عقد الأمان جاز أمانه عند ابن القاسم لأنه ممن يعقل الأمان كالبالغ.

فصل

ولا يقتل النساء ولا الصبيان لقوله تعالى: ﴿وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم﴾ [البقرة: ١٩٠]، ولأنه ﷺ نهى عن قتل النساء والصبيان وقال: «لا تقتلوا طفلاً أو امرأة»[٤]، ولأنهم أموال ورقيق للمسلمين.

فصل

فأما الرهبان والشيوخ الهرماء فلا يقتلوا إلا أن يكون فى تبقيتهم ضرر على الإسلام مثل أن يكونوا من ذوى الرأى والتدبير والمشورة فإن قتلهم جائز، قال الشافعى: يقتلون وإن لم يكن فيهم ضرر[٥] ودليلنا قوله ﷺ: «ولا تقتلوا شيخًا فانيًا»[٦]، وقوله: «ولا

(١) قال المرغينانى: (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يأذن له مولاه فى القتال. وقال محمد رحمه الله: يصح. وهو قول الشافعى رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله معه فى رواية ومع أبى حنيفة رحمه الله فى رواية)، انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٤٣٢)، الاختيار للموصلى (٣/ ٣١٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر المدونة الكبرى (١/ ٤٠٠).

(٤) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ١٧٢) ح (٣٠١٥) ، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٣٦٤) ح (٢٥/ ١٧٤٤).

(٥) قال النووى: (فى جواز قتل الراهب شيخًا كان أو شابًا والأجير والمحترف المشغول بحرفته والشيخ الضعيف والأعمى والزمن ومقطوع اليد والرجل قولان، أظهرهما: الجواز: وقيل: يقتل الأجير والمحترف قطعًا)، انظر روضة الطالبين (١٠/ ٢٤٣).

(٦) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٣٨) ح (٢٦١٤)، والبيهقى فى سننه (٩/ ١٥٣) ح (١٨١٥٣).

تقتلوا أهل الصوامع»[1] وروى مثله عن أبى بكر الصديق رضوان الله عليه[2] ولا مخالف له، ولأنه لا فضل فيهم للقتال ولا ضرر فى تبقيتهم على المسلمين كالنساء والصبيان.

فصل

وإذا ارتهن المسلمون من المشركين رهائن فأسلموا وهم فى أيدينا رددناهم ولم يجز لنا حبسهم خلافًا لمن أبى ذلك[3] لأن فى منع ردهم غرر بهم وذلك غير جائز، ولأنه ﷺ صالح المشركين يوم الحديبية على أن من أتاه منهم رده إليهم ومن أتاهم منا لم يردوهم فكلمه عمر رضى الله عنه فى ذلك فقال ﷺ: «من ذهب منا إليهم فأبعده الله ومن جاء منهم إلينا فرددناه جعل الله له مخرجًا»[4]، ولأنا إذا لم نرد رهائنهم لم نؤمن غدرهم بالمسلمين لأنهم أيضًا يهتمون بالرهائن ما داموا على دينهم، ومراعاة العامة أولى من مراعاة الواحد والاثنين، وقد فعل ﷺ ذلك مع أبى رافع لما جاءه رسولاً لهم فأسلم فقال له: ارجع إليهم[5]، ورد أبا جندل وأبا بصير يمشيان فى قيودهما وجاءاه مسلمين وقال: «سيجعل الله لكما فرجًا ومخرجًا»[6].

فصل

ومن أسلم على وجه الصلح فأرضه ملك له لا يعترض عليه فيها كسائر أملاكه، ومن فتحت أرضه عنوة فهى مغنومة لا يكون أحق بها كسائر الأموال المغنومة عنهم، فإن كانت عامرة ووجد الإمام من يسكنها من المسلمين ويؤدى خراجها تركها وقفًا

---

(١) أخرجه أحمد فى المسند (١/ ٣٩١) ح (٢٧٣١)، والبيهقى فى سننه (٩/ ١٥٤) ح (١٨١٥٤) وفى إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن أبى حبيبة وهو ضعيف، انظر تلخيص الحبير لابن حجر (٢/ ١١٤) ح (٢٨).

(٢) أخرجه البيهقى فى سننه (٩/ ١٥٣) ح (١٨١٥٢).

(٣) قال ابن قدامة: (وإن أسلم الأسير صار رقيقًا فى الحال وزال التخيير وصار حكمه حكم النساء وبه قال الشافعى فى أحد قوليه وفى الآخر: يسقط القتل ويتخير بين الخصال الثلاث)، المغنى (١٠/ ٤٠٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الصلح (٥/ ٣٥٧) ح (٢٦٩٨)، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٤١١) ح (٩٣/ ١٧٨٤) واللفظ له.

(٥) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٣/ ٥٩٨).

(٦) أخرجه البخارى فى الصلح (٥/ ٣٥٨، ٣٥٩) ح (٢٧٠٠)، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٤١١) ح (٩٣/ ١٧٨٤).

للمسلمين ولم يقسمها كأرض السواد خلافًا لمن يقول: إنها تقسم لإخبار الله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى﴾ إلى قوله: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ [الحشر: ٧ ـ ١٠] وبذلك احتج عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال: إن هذه الآية مستوعبة لجميع المسلمين حتى الراعى بعدن، وطولب بقسمتها فامتنع فلج به بلال فقال: اللهم اكفنى بلالاً وذوى بلال[١]، ولم ينكر أحد من الصحابة عليه ذلك، وتلاه عثمان وعلى رضى الله عنهما على مثله[٢]، ومع ذلك فإن رأى الإمام فى وقت من الأوقات قسمتها رأيًا لم يمتنع أن يقال له ذلك فيما يفتحه من بعد، ولأن النبى ﷺ قد غنم غنائم وأراضى لم ينقل أنه قسم منها إلا خيبر[٣]، وهذا إجماع السلف والله أعلم.

(تم كتاب الجهاد ولله الحمد)[٤]

* * *

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر البيهقى (٦/ ٥٧٠ ـ ٥٧١).

(٣) أخرجه البخارى فى المغازى (٧/ ٥٢٩ ـ ٥٣٠) ح (٤١٩٥)، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٤٢٦) ح (١٢٠/ ١٣٦٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

٩
كتاب الأيمان[١] والنذور[٢]

الحلف الجائز هو بالله وبصفات ذاته والحلف بغيره ممنوع كالحلف بالأنبياء والآباء أو بالكعبة أو ما أشبه ذلك من المخلوقات لقوله ﷺ: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بأمهاتكم ولا تحلفوا إلا بالله ومن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت»[٣].

فصل

المحلوف به، ضربان: قديم ومحدث، فالقديم هو الله تعالى وصفات ذاته والكفارة تتعلق بهذا الضرب دون غيره، والمحدث ما عدا البارى وصفاته فلا كفارة فى الحلف بشىء من ذلك.

فصل

وإنما قلنا: إن الحنث فى الحلف بالله تجب به الكفارة لقوله: ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ [المائدة:٨٩] واتفق على أن اليمين بالله داخلة فى هذا، وقوله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه»[٤]، ولا خلاف فى ذلك.

---

(١) اليمين فى اللغة: القسم، القاموس المحيط (٤/٢٧٩)، وشرعًا: قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة أو ما يجب بإنشاء لا يفتقر لقبول معلق بأمر مقصود عدمه، شرح حدود ابن عرفة (١/٢٠٦).

(٢) النذر فى اللغة: الإيجاب والشرط على النفس القاموس المحيط (٤/ ١٤٠)، وشرعًا: (إيجاب امرئ على نفسه لله تعالى أمرًا)، شرح حدود ابن عرفة (١/٢١٨).

(٣) أخرجه البخارى فى الأيمان والنذور (١١/٥٣٨) ح (٦٦٤٦)، ومسلم فى الأيمان (٣/١٢٦٦) ح (١/١٦٤٦).

(٤) أخرجه البخارى فى كفارة الأيمان (١١/٦١٦) ح (٦٧٢١)، ومسلم فى الأيمان والنذور (٣/١٢٦٨) ح (٧/١٦٤٩).

فصل

وجميع أسمائه تعالى تتعلق بها الكفارة كالرحمن والرحيم والعزيز والسميع والعليم وما أشبه ذلك، وكذلك صفات ذاته كعلمه وقدرته وجلاله وعظمته وكبريائه وعزته وكلامه وعهده وميثاقة وكفالته وحقه وسائر صفات ذاته، وإنما قلنا ذلك لأنها يمين بقديم غير مخلوق فكان كالحلف بالذات.

فصل

فأما العهد[1] فالدليل على أنها يمين قوله تعالى: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً﴾ [النحل: ٩١] وذلك يدل على أن العهد والميثاق والكفالة أيمان، ولأن عرف الناس جارٍ بالحلف بهذه الأشياء وهى من صفات الذات.

فصل

ويكون يمينًا وإن أطلق خلافًا للشافعى[2]، لأنها صفة من صفات الذات فإطلاقها كتعينها، أصله: العلم والقدرة.

فصل

وإذا قال: على عهد الله وميثاقه وكفالته: فإن أراد التكرار أو التأكيد فكفارة واحدة، وإن أراد الاستئناف فلكل واحد كفارة، وذمة الله فى معنى عهده.

فصل

وأمانة الله يمين تكفر لأنها من صفات الذات فإن أراد الأفعال التى بين العباد فلا كفارة وهذا التفسير لأشهب.

---

(١) كأن يكون يمينه بقوله (وعهد الله).

(٢) قال الإمام النووى: (إذا قال: على عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالته لأفعلن كذا فإن نوى اليمين فيمين والمراد من عهد الله استحقاقه لإيجاب ما أوجبه علينا أو تعبدنا به وإن أراد غير اليمين كالعبادات فليس بيمين وإن أطلق فوجهان، قال أبو إسحاق: يمين للعادة الغالبة والأصح المنع لتردد اللفظ، روضة الطالبين (١١/١٦)، المهذب (٢/ ١٣٠).

فصل

إذا قال: أقسم وأشهد وأحلف فإن أراد بالله فهى يمين وإن أراد غيره أو أطلق لم تكن يمينًا تكفر خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها أيمان أراد بها الله أو لم يرده[1]، والشافعى فى بعض أقاويله أنها ليست بأيمان أراد بها الله أو لم يرده[2]، فدليلنا على أبى حنيفة أن الإطلاق لا يتضمن محلوفًا به مخصوصًا لأن القسم قد يكون بغير الله وكذلك الحلف فإذا ثبت ذلك فكان يمينًا تعرت عن اسم الله وصفاته لفظًا ونية وعرفًا فلا كفارة فيها كقوله: والنبى والكعبة، ودليلنا على الشافعى أن القسم يمين لقوله تعالى: ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾ [الأنعام:١٠٩]، ولا فرق عند أهل اللغة بين قولهم: أقسمت وحلفت، ومنه قوله تعالى: ﴿إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين﴾ [القلم:١٧] معناه: حلفوا، وقوله: ﴿قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾ [المنافقون:١] يريد: نحلف.

فصل

إذا قال: أقسمت عليك لتفعلن كذا، فإن أراد سؤاله فلا كفارة عليه وليست يمين، وإن أراد اليمين كان على ما قدمناه.

فصل

إذا قال: أشركت بالله أو أكفر بالله أو هو يهودى أو نصرانى أو برىء من الله أو من الإسلام أو من النبى أو القرآن أو الكعبة أو ما أشبه ذلك فكل هذا لا كفارة فيه، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك كله أيمان[3]، لأنها أيمان تعرت عن اسم الله وصفاته فلم يجب بالحنث فيها كفارة يمين، أصله قوله: والنبى والكعبة، ولأنه حلف بالبراءة ممن لا يجوز التبرى منه كقوله هو برىء من الكعبة.

---

(١) الاختيار للموصلى (٣/ ٢٢٤)، الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٥٧).

(٢) قال النووى: (ولو قال: أقسم أو أقسمت، أو أحلف أو حلفت أو أشهد أو تشهدت أو أعزم أو عزمت لأفعلن كذا ولم يقل: بالله لم يكن يمينًا وإن نوى اليمين لأنه لم يحلف باسم الله تعالى ولا بصفته)، روضة الطالبين (١١/ ١٥)، انظر المهذب (٢/ ١٣١).

(٣) قال المرغينانى: (يكون يمينًا لأنه لما جعل الشرط علمًا على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينًا) الهداية (٢/ ٣٥٧)، الاختيار (٣/ ٢٢٢).

فصل

الأيمان على ثلاثة أقسام لغو وغموس ومنعقدة:

واللغو هو أن يحلف على شيء يظنه على ما حلف عليه ثم يتبين له أنه بخلافه فهذا لا أثم فيه ولا كفارة.

والغموس هو أن يحلف على الماضي متعمدًا للكذب فهذا أعظم إثمًا من أن تكون فيه كفارة.

والمنعقدة هو الذي يجب بالحنث فيه الكفارة على ما سنذكره.

فصل

وإنما قلنا: إن اللغو ما وصفناه لأن من حلف على علمه أو غلبة ظنه ولم يوجد منه استخفافًا بحرمة اليمين ولا جرأة ولا إقدام على التغرير بها لأنه علقها على وصف مراعى مطابقًا لها وهو علمه وغلبة ظنه ومطابقة اليمين له انعقادها على ذلك الوجه: فإن كان على ما حلف عليه فقد بر، وإن كان بخلاف بذلك فلا شيء[1] عليه لأن اليمين لم تنعقد لأنها وقعت محلولة.

فصل

واختلف أصحابنا في قوله: لا والله، وبلى والله وعلى سبق اللسان فقال ابن القاسم عن مالك: ليس بلغو لأن صفة اللغو على ما ذكرناه، وقال إسماعيل بن إسحاق وشيخنا أبو بكر الأبهري وغيرهما: إنه من حيز اللغو لأنه لا يتأتى البر ولا الحنث فيه ولا يمكن الاحتراز منه.

فصل

وإنما قلنا: إن الغموس لا كفارة فيها خلافًا للشافعي[2]، لقوله تعالى: ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ [المائدة:٨٩] وهذه محلولة غير منعقدة لأن المنعقدة ما أمكن

---

(١) المدونة الكبرى (٢/٢٨).

(٢) قال النووي: (سميت غموسًا لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار وهي من الكبائر وتتعلق بها الكفارة)، روضة الطالبين (١١/٣)، المهذب للشيرازي (٢/١٢٨).

حله إذا انعقد، لأن العقد فى مقابلة الحل والماضى واقع على وجه واحد لا يمكن تغييره، ولأنها يمين لا يتأتى فيها بر ولا حنث كاللغو، ولأن الكفارة معنى يرفع حكم اليمين فلم تتعلق بالحلف على الماضى، أصله: الاستثناء، ولأن الحنث مخالفة الشيء المحلوف عليه لليمين وذلك يقتضى تقديم اليمين ليصح وصف الفعل إذا وقع بأنه حنث ومتى تأخرت عنه وقع عاريًا من الحكم له بذلك فلا يصير محكومًا له من بعد.

فصل

فأما المنعقد فهو ما تأتى البر[1] والحنث فيه[2] وذلك هو الحلف على المستقبل وينقسم أربعة أقسام: أحدها: أن يحلف لا فعلت، والثانى: إن فعلت، والثالث: لأفعلن، والرابع: إن لم أفعل، فأما يمينه لا فعلت وإن فعلت فهو على بر لا يحنث إلا بأن يفعل ما حلف أن لا يفعله فتلزمه حينئذ الكفارة.

فصل

وإنما قلنا ذلك لأن الأيمان مترددة بين البر والحنث وترقبهما فالبر هو الموافقة مثل أن يحلف ليضربن عبده أو ليدخلن الدار فيفعل ذلك، والحنث بالمخالفة من أن يحلف أن لا يفعله فيفعله، وإذا ثبت ذلك فهذا إذا حلف أن لا يفعل هو وقت حلفه غير فاعل فهو على بر، وإنما الحنث مترقب فيما بعد فإن فعل حنث لأن المخالفة حينئذ وجدت منه فإن لم يفعل فهو على أصل البر وكذلك قوله: إن فعلت؛ فأما يمينه لأفعلن وإن لم أفعل فإنه على حنث يفعل فيبر، وإنما قلنا ذلك لأن المخالفة موجودة منه فى الحال لأنه قال: إن لم أضرب عبدى فهو فى الحال غير ضارب فهذا حنث إذ الحنث ليس بأكثر من المخالفة والبر مترقب فيما بعد: كالحالف لا فعلت لأن الموافقة موجودة والحنث مترقب فيما بعد، فإذا ثبت ذلك فإن الحنث لا يتحقق عليه إلا بأحد أمرين: إما بأن يأتى حال يستحيل معها فعل المحلوف مثل أن يحلف ليأكلن هذا الرغيف فيحترق أو يأكله غيره فحينئذ يتحقق الحنث لأنا نيأس من بره فهنا هنا تنحتم الكفارة عليه أو النذر إن كان نذرًا.

والآخر: أن يكون ضرب أجلاً مثل أن يقول: والله لأدخلن اليوم الدار فإن هذا على

---

(١) قال الفيروزآبادى: (هو الصدق فى اليمين)، القاموس المحيط (١/ ٣٧٠).

(٢) الحنث: الخُلف فى اليمين. (القاموس المحيط (١/ ١٦٥)).

بر ما لم يتضيق الوقت فإذا خرج اليوم ولم يدخل حنث فإذا ثبت هذا فليس يفترق حكم الأفعال التى يحلف ليفعلنها أو إن لم يفعلها من كونها طاعة أو معصية فى باب البر والحنث، وإنما يفترقان فى أنه لا يؤمر بالبر فى المعصية ويؤمر بالحنث لأن بره معصية مثاله: إذا حلف إن لم يشرب خمراً فيقال له: أنت الآن على حنث [وينبغى لك أن تكفر يمينك][1] لأن اليمين أو النذر لا يسقط عنك إلا أن تبر والبر حرام عليك واستدامة الحنث واجبه عليك لازمة لك فإن عصى وشرب الخمر فقد بر فى يمينه بمعنى أنه وافقها ولم يحنث فسقط حكمها أصلاً وأثم بذلك الفعل لأنه فى نفسه معصية سواء على يمين أو وقع منفرداً.

فأما أفعال البر فإنه مختر فيها وكذلك الإباحة مثل يمينه ليصلين أو ليصومن يومًا أو أن لم يكلم فلانًا أو يدخل الدار فإنه مختر فى ذلك شاء أن يفعل فعل وحكم اليمين والنذر واحد فى هذا الكتاب.

فصل

للاستثناء تأثير فى حل اليمين ورفع موجبها، والأصل فيه قوله ﷺ: «من حلف واستثنى رجع غير حانث»[2]، ولا خلاف فى ذلك[3].

فصل

فإذا ثبت ذلك فإنما يؤثر فى اليمين بالله أو بصفاته أو بالنذر الذى لا مخرج له وهو كل موضع تدخله الكفارة، وما عدا ذلك من يمين بطلاق أو عتاق أو حج أو مشى أو صدقة أو غير ذلك فلا يؤثر الاستثناء فيه، وهذا يرد فى كتاب الطلاق.

فصل

لا يكون قوله: إن شاء الله استثناء إلا أن يقصد به الاستثناء ورفع اليمين ومنع عقدها، فأما إن قصد التبرك أو التأكيد أو سبق على لسانه أو كانت عادته أن لا يذكر

(١) ثبت فى (أ) (وينبغى له أن يكفر).

(٢) أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور (٣/ ٢٢٢) ح (٣٢٦١)، والنسائى فى الأيمان والنذور (٧/ ١٢) باب (من حلف فاستثنى) والترمذى فى النذور والأيمان (٤/ ١٠٨) ح (١٥٣١) وقال: حديث حسن.

(٣) انظر المغنى لابن قدامة (١١/ ٢٢٦).

شيئًا ليفعله إلا ويقرنه بالمشيئة اعتقادًا أن الأشياء لا تكون إلا بمشيئة الله عز وجل قصد التلفظ أو لم يقصد به شيئًا فإنه لا يكون استثناء، والأصل فيه أن الكلام إنما يتعلق به حكم إذا كان مقصودًا، ولأنه معنى يرفع به حكم اليمين فاحتاج إلى نية الكفارة.

فصل

ومن حق الاستثناء أن يكون متصلاً باليمين غير متراخٍ عنها[١] خلافًا لما يحكى عن ابن عباس من جوازه بعد حين[٢] وعن غيره فى اعتبار المجلس[٣] لأن أهل اللغة لم يستعملوه إلا متصلاً ويستقبحونه متراخيًا يبين ذلك أن القائل: ضربت عبيدى إلا ميمونًا أن [ميمونًا مضروب][٤] إذ قاله متصلاً فلو سكت ثم قال: بعد زمن طويل إلا ميمونًا لعدوه هاذيًا هذا هو المتعارف من خطابهم، ولأن الاستثناء لما كان لا يفيد بانفراده لتعلقه بما تقدم لم يحسن إفراده عنه كما لا يحسن الابتداء به، ولأنهم يجرونه مجرى الشرط والتقييد وخبر المبتدأ وكل ذلك يجب اتصاله بالكلام، ولأن ذلك يؤدى إلى أن لا يوثق أحد من أحد بوعد أو وعيد وأن يتوقف فى الأوامر والنواهى والأخبار بجواز ورود الاستثناء عليها بعد تراخى الوقت وهذا على طريقة من منع تأخير البيان من أصحابنا هذا حجة المسألة من طريق اللغة.

فصل

فأما ما يدل على وقوع الحنث وأن إيراد الاستثناء متراخيًا لا يؤثر فى سقوط الكفارة فقوله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه»[٥] موضع الدليل: أنه قصد بيان ما يخرج به عن اليمين فلو كان الاستثناء

---

(١) قال فى المدونة: (أرأيت إن حلف على يمين ثم سكت ثم استثنى بعد السكوت قال: لا ينفعه وكذلك قال لى مالك إلا أن يكون الاستثناء نسقًا متتابعًا فقلنا لمالك: فلو أنه لم يذكر الاستثناء حين ابتداء اليمين فلما فرغ من اليمين ذكر نسقها بها وتدارك اليمين بالاستثناء بعد انقضاء يمينه إلا أنه قد وصل الاستثناء باليمين قال مالك: إن كان نسقها بها فذلك لها استثناء وإن كان ذلك صمات فلا شيء له ونزلت بالمدينة فأفتى بها مالك، انظر المدونة الكبرى (٢/ ٣٣).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: (وعن ابن عباس: إن له أن يستثنى بعد حين، انظر المغنى (١١/ ٢٢٨).

(٣) نقله فى المغنى عن بعض أصحاب الإمام أحمد وحكى عن الحسن وعطاء وعن عطاء أنه قال: قدر حلب ناقة العزوزة، المغنى (١١/ ٢٢٨).

(٤) ثبت فى (أ) (منصوب عندهم).

(٥) تقدم تخريجه.

مخرج عنها لذكره لأنه أخف من الحنث ومن الكفارة، ولأن ذلك يؤدى إلى أن لا يحنث أحد فى يمين لأنه إذا أراد المخالفة استثنى وانحلت عينه، ولا يجوز التعلق فى ذلك بقوله ﷺ: «والله لأغزون قريشًا» ثم سكت ساعة ثم قال: «إن شاء الله»[1] لأن ذلك امتثال لأمر الله تعالى لأنه كان أُنسِيَ أن يصله بالكلام ثم ذكر وهذا تأويل أبى عبيد، وهذا إذا قطعه عن اليمين مختاراً فأما إن انقطع عليه بسعال أو انقطاع نفس أو تثاؤب أو ما أشبه ذلك ثم وصله بيمينه فإنه يصح.

فإنما قلنا ذلك لأن هذا فى حكم الواصل عن أهل اللغة والشرع لأنه كذلك فى الشرط والتقييد فكذلك فى الاستثناء ولأن مثل هذا لو تخلل بين قوله: لا إله وبين قوله: إلا الله لم يجعله كفراً وإن كان كفراً مع الاختيار كذلك هاهنا.

فصل

لا يكون الاستثناء إلا نطقًا فإن نواه أو عقده من غير نطق لم ينفعه والأصل فيه قوله ﷺ: «من حلف فقال إن شاء الله رجع غير حانث»[2] وذلك يفيد النطق، لأنه رفع لحكم اليمين كالكفارة ولو نوى أن عبده حر عن الكفارة لم يجز إلا أن يتلفظ به.

فصل

واختلف متأخرو أصحابنا فى عقد اليمين من غير نطق فمنهم من قال: يصح ومنهم من قال: لا يصح بناء على عقد الطلاق بالقلب[3]، فإن قلنا: لا يصح فالباب واحد، وإن قلنا: يصح فالفرق بين اليمين والاستثناء أن اليمين إيجاب وإلزام والاستثناء رفع وحل للوجوب وما طريقه الإلزام أغلظ مما طريقه الإباحة والتحليل فجاز أن تنعقد اليمين بالقلب وأن لا ينعقد الاستثناء إلا باللفظ.

---

(١) أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور (٣/٢٢٨) ح (٣٢٨٥)، والبيهقى فى الكبرى (١٠/٨٢) ح (١٩٩٢٩) وقال الحافظ الزيلعى: إن ابن حبان ذكر فى كتاب الضعفاء أن هذا الحديث رواه شريك ومسعر فأسنداه مرة، وأرسلاه أخرى، انظر نصب الراية (٣/٣٠٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر المدونة الكبرى (٢/٣٤).

فصل

ليس من شرطه أن ينوى مع عقد اليمين لأن ذلك يوجب أن لا تحل يمين ابتدئ عقدها دون نيته وذلك باطل: فإذا ابتدأ غير ناوٍ ثم نوى قبل فراغه من اليمين جاز، وإن فرغ من التلفظ بها[1] ثم أتى به[2] متصلاً غير متراخ على الحد الذى يأتى [من غير فصل صح عند مالك، وعند ابن][3] المواز لا يصح، فوجه قول مالك عموم الخبر، واعتباراً [بما][4] لو نواه [بعد][5] الفراغ بعلة الاتصال مع النية. ووجه قول ابن المواز أن اليمين فرغ منها عارية من الاستثناء فوروده بعدها لا يؤثر كالمتراخى، والأول أصح.

فصل

إذا حلف ألا يفعل شيئًا ففعل بعضه أو أشياء ففعل واحداً منها حنث خلافًا لأبى حنيفة[6] والشافعى[7]، لأن اليمين على الجملة يتعلق بها وبأبعاضها كالحالف ليفعلن، ولأن المنع فى الجملة يفهم منه منع البعض، أصله: منع الغير.

فصل

إذا حلف على شىء بعينه لا ينتفع به فقد قطع المن عنه تعلقت يمينه بكل ما فى بابه خلافًا لأبى حنيفة[8] والشافعى[9] فى قولهما لا يحنث إلا بما حلف عليه وحده، لأن من يمن غيره عليه فيحلف مجيبًا له بأن يقول: والله لا شربت لك الماء فإنه يفهم منه أراد والله لا انتفعت بشىء من مالك أصلاً ونصه على الماء تنبيه بالأدون على جميع

(١) أى: باليمين.

(٢) أى: الاستثناء.

(٣) ما بين المعكوفين زيادة ليست فى الأصل يستقيم بها الكلام وأثبتناه من سياق التعليل الذى يليه.

(٤) ثبت فى الأصل (به) ولعل الصواب ما أثبتناه لمقتضى السياق.

(٥) زيادة ليست فى الأصل يستقيم بها الكلام.

(٦) بدائع الصنائع للكاسانى (٣/ ٧٠).

(٧) قال فى الروضة: (ولو قال: لا آكل هذين الرغيفين أو لا ألبس هذين الثوبين لم يحنث إلا بأكلهما أو لبسهما سواء لبسهما معًا أو لبس أحدهما ونزعه ثم لبس الآخر، روضة الطالبين (١١/ ٣٦)، مغنى المحتاج (٤/ ٣٤٣).

(٨) بدائع الصنائع للكاسانى (٣/ ٣٩).

(٩) انظر روضة الطالبين (١١/ ٥٧).

ما فى بابه كقوله تعالى: ﴿فلا تقل لهما أف﴾ [الإسراء:٢٣]، وإذا ثبت ذلك قلنا لأنه لفظ يفهم منه الامتناع من جملة الانتفاع فأشبه أن يتلفظ به.

فصل

ومن حلف لا أفعل شيئًا ففعله ساهيًا حنث خلافًا للشافعي[1] لأنه حصل منه الفعل على وجه ينسب إليه وينفرد بإضافته إليه كالعامد، ويفارق المكره لأن الفعل لا ينسب إليه بل إلى من أكرهه، ألا ترى أنه لا يقال: دخل فلان الدار وإنما يقال: أُدخل.

فصل

الاعتبار فى الأيمان بالنية فإن عدمت فالسبب الذى أثار اليمين ليستدل منه عليها فإن عدم أجرى اللفظ على ما يقتضيه عرف التخاطب دون عرف الفعل فى المحلوف عليه، فإن لم يكن عرف أجرى على موضوعه مثال ذلك: إذا حلف أن لا يأكل رأسًا فإن كانت له نية وإلا نظر فى السبب فقصر على ما يقتضيه فإن كانت كل رأس ولا يراعى رءوس الغنم أو الإبل أو البقر خلافًا لمن يراعى الاستعمال، لأن ذلك لا يؤثر فى اللفظ لأنه يختلف باختلاف العادات فى البلاد، ألا ترى أن العرف فى الخبز جار فى الحنطة فى أغلب البلاد وسيما فى البلاد الكبار المشار إليها ثم لو حلف الخليفة فى الملك العظيم لا آكل خبزًا حنث بأكل خبز الدخن، وكذلك لو حلف لا آكل لحمًا لحنث عندهم بأكل لحم الخنزير ولحم بنى آدم وإن لم يجر ذلك عرف استعمال، وفروع هذا الباب عظيمة لا يحتملها هذا المختصر.

فصل

إذا حرم على نفسه طعامًا أو شرابًا أو أمة أو بعض ما يحل له سوى الزوجة فلا يحرم عليه ولا يؤثر ذلك القول شيئًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يلزمه كفارة يمين فى المأكول والمشروب دون الملبوس والطيب[2]، لقوله تعالى: ﴿لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾ [المائدة:٨٧]، ولأنه حرم على نفسه ما لا يصح فيه طلاق ولا عتاق فلم يكن

(١) قال الإمام النووى: (فيه قولان، أظهرهما: لا يحنث وممن صححه أبو حامد القاضى والشيخ وابن كج والرويانى وغيرهم وقال ابن سلمة: لا حنث قطعًا، وقيل: الناسى أولى بالحنث من المكره. وقيل عكسه، انظر روضة الطالبين (١١/ ٧٩)، مغنى المحتاج (٤/ ٣٣٥).

(٢) الهداية للمرغينانى (٨/ ٣٥٩)، الاختيار للموصلى (٣/ ٢٢٥).

للتحريم تأثير، أصله: اللباس والطيب.

فصل

إذا كرر اليمين فإن أراد الاستئناف فلكل يمين كفارة وإن أراد التأكيد فكفارة واحدة وإن أطلق حمل على التأكيد، ولا يكون الاستئناف إلا بالقصد لأن الظاهر تأكيد والاستئناف إيجاب كفارة مبتدأة فلا تثبت إلا بالقصد.

فصل

كفارة اليمين أربعة أنواع: إطعام وكسوة وإعتاق وصيام وهي على التخيير بأيها شاء أن يكفر مع القدرة على الآخرين فعل إلا لصوم فإنه لا يجزيه إلا مع العجز عن هذه الأنواع الثلاثة.

فأما الإطعام فهو أن يطعم عشرة مساكين مدًا لكل مسكين بالمد الأصغر إن كان بالمدينة، وإن كان بغيرها من الأمصار فوسطها من الشبع وهو رطلان من الخبز بالبغدادى وشيء من الإدام وإن اقتصر على مد أجزاه.

والكسوة لكل إنسان قدر ما تجزيه به الصلاة فللرجل ثوب وللمرأة ثوبان درع وخمار ولا يجزيه أن يصرف الكسوة والإطعام إلا إلى العدد المشترك وهو العشرة ولا يجزيه إلا المؤمنون الأحرار، وله أن يطعم الصغير ولكن قدر ما يكفى الكبير.

وأما الإعتاق فأن يحرر رقبة مؤمنة كاملة ليس فيها شرك ولا عقد عتق من تدبير أو كتابة أو استيلاد أو عتق إلى أجل أو من الأقارب وكل من يستحق عتقه بغير الكفارة سليمة غير معينة.

وأما الصيام فثلاثة أيام يستحب له متابعتها، وتجزيه إن فرقها.

فصل

وإنما حصرنا الكفارة على الأنواع الأربعة لقوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين...﴾ إلى قوله: ﴿ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾ [المائدة:٨٩] فأخبر أن ذلك جملة الكفارة فلم يبق زائد عليها ولا خلاف في ذلك[١].

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة (١١/ ٢٧٣).

فصل

وإنما قلنا: إنه مخير في الأنواع الثلاثة لقوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ إلى قوله: ﴿أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾ [المائدة:٨٩] و «أو» موضوعها التخيير ولا خلاف في ذلك[١]، وإنما قلنا: إن الصوم لا يجزؤه مع القدرة على إحداهما لقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة:٨٩] فشرط في كونه كفارة أن يكون عاجزاً عن الأنواع الثلاثة، ولا خلاف في ذلك[٢].

فصل

وإنما قدرنا الإطعام بالمد أو زيادة يسيرة، خلافًا لأبي حنيفة في قوله يخرج من البر نصف صاع ومن التمر والشعير صاعًا[٣] لقوله تعالى: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ [المائدة:٨٩] والوسط هو أغلب عادات الناس وهو ما بين الأقل والأكثر، ولأنه إطعام في كفارة كالفطر في رمضان، وإنما فرقنا بين المدينة وغيرها لضيق العيش بها وتعذر الأقوات فيها واتساعه في غيرها.

فصل

وإنما قدرنا الكسوة بما ذكرناه خلافًا لأبي حنيفة[٤] والشافعي في قولهما: يجزؤه أقل ما يتناوله الاسم[٥]، لقوله عز وجل ﴿أو كسوتهم﴾ [المائدة:٨٩] وإطلاق ذلك لا يفهم منه المنديل وحده أو المئزر وحده ولأنه مصروف إلى المسكين في الكفارة فوجب أن يكون مقدراً كالإطعام وإذا الكسوة المطلقة تنصرف إلى الشرعية وليس ما يتعلق به حكم في الشرع إلا ما قلناه.

---

(١) انظر المغني لابن قدامة (١١/ ٢٥٠).

(٢) المغني لابن قدامة (١١/ ٢٧٣).

(٣) انظر الاختيار للموصلي (١/ ١٦٢)، الهداية للمرغيناني (١/ ١٢٥).

(٤) قال الموصلي: (وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن أدناه ما يستر عامة بدنه فلا يجوز السراويل لأن لابسه يسمى عريانًا عرفًا وعن محمد أدناه ما تجوز فيه الصلاة فلا يجوز الخف ولا القلنسوة لأن لابسهما لا يسمى مكتسيًا ولهذا لا تجوز فيهما الصلاة، وقيل: لكل مسكين إزار ورداء وقميص وقيل: كساء، وقيل: ملحفة؛ انظر الاختيار للموصلي (٣/ ٢١٩).

(٥) انظر مغني المحتاج (٤/ ٣٢٧)، روضة الطالبين (١١/ ٢٢).

فصل

وإنما قلنا: إن العدد مشترط فى الإطعام والكسوة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يجزيه صرف الإطعام والكسوة إلى مسكين واحد فى عشرة أيام[1]، لقوله تعالى: ﴿أو إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة:٨٩] فأخبر أن الكفارة صرف الإطعام إلى هذا العدد لأنه تعالى جعل لكل مسكين جزءًا من الطعام فلم يجز أن يستبد بجميعه، ولأنه دفع جميع الكفارة إلى مسكين واحد فلم تجزه كما لو دفعها فى اليوم الأول.

فصل

وإنما شرطنا أن يكونوا مسلمين خلافًا لأبى حنيفة فى تجويزه دفعها إلى أهل الذمة[2]، اعتبارًا بزكاة المال، ولأنه ناقص بالكفر كالحربى، ولأن كل من لا يجوز دفع زكاة المال إليه فكذلك الكفارة كالمرتد.

فصل

وإنما شرطنا أن يكونوا أحرارًا لأن العبد ليس بمسكين لاستغنائه بمنفعة سيده وكذلك المكاتب خلافًا لأبى حنيفة[3] لأنه باق على حكم الرق كالمدبر.

وإنما جوزنا إعطاءها للصغير لوجود الصفات المعتبرة فيه وهى كونه حرًا مسلمًا مسكينًا ويعطى ما يكفى الكبير وإلا كان ناقصًا من المقدار.

---

(١) الأصل عند الأحناف أنهم يجوزون صرف الإطعام بقدره دون الوقوف على العدد فقد قال الموصلى فى كفارة الظهار: (ولو أطعم مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه لأن المعتبر دفع حاجة المسكين وأنها تتجدد بتجدد اليوم، وإن أعطاه فى يوم واحد عن الكل أجزأه عن يوم واحد لاندفاع الحاجة بالمرة الأولى وهذا لا خلاف فيه فى الإباحة، انظر الاختيار (٣/ ١٣٤)، الهداية (٢/ ٣٠١).

(٢) قال الموصلى فى زكاة الفطر: (ولا يدفعها إلى ذمى لقوله عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن آخذها من أغنيائكم وأردها على فقرائكم» ويدفع إليه غيرها الصدقات كالنذور والكفارات وقال أبو يوسف: لا يجوز كالزكاة، الاختيار (١/ ١٥٧)، الهداية (١/ ١٢١).

(٣) الاختيار للموصلى (١/ ١٥٧).

فصل

وإنما اشترطنا فى الإعتاق أن تكون الرقبة مؤمنة خلافًا لأبى حنيفة[١] لأنه تكفير بعتق فأشبه كفارة القتل واعتبارًا بالمرتد والوثنى.

وإنما منعنا أن يكون فيها شرك لقوله: ﴿فتحرير رقبة﴾ [المائدة:٨٩] وبعض الرقبة ليس برقبة، ولأن التكفير إنما يكون بنوع دون الجمع بين البدل والمبدل.

فصل

وإنما قلنا: لا يكون فيها عقد عتق لأن التحرير يقتضى ابتداء الإعتاق دون تخير عقد متقدم، ولأن عتق من فيه من عقود العتق مستحق على السيد بغير الكفارة فأشبه أم الولد، وهذه علة جامعة لكل ما فى هذا الباب.

فصل

وإنما قلنا: سليمة خلافًا لداود فى تجويزة إعتاق المعيبة[٢]، لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [المائدة:٨٩] والإطلاق يقتضى رقبة كاملة والقطعاء والعمياء ناقصة، ولأنه نقص فى الرقبة كالنقص فى الدين.

فصل

وإنما قلنا: إن الصيام ثلاثة أيام لورود النص بذلك والاجماع عليه[٣].

وإنما استحببنا له أن يتابعها لأن ذلك أكمل وأفضل وأداءه على الوجه الجائز بالإجماع.

وإنما أجزنا له تفريقها خلافًا للشافعى فى أحد قوليه[٤] لأن الظاهر مطلق غير مقيد،

---

(١) قال المرغينانى: (وتجزى فى العتق الرقبه الكافرة والمسلمة). الهداية (٢/٢٩٩)، الاختيار (٣/١٣٠).

(٢) قال ابن قدامة: (وحكى عن داود، أنه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم أخذًا بإطلاق اللفظ)، المغنى (٨/٥٨٦).

(٣) انظر المغنى (١١/٢٧٣).

(٤) قال الخطيب الشربينى: (فإن عجز لزمه صوم ثلاثة أيام ولا يجب تتابعها فى الأظهر لإطلاق الآية، والثانى: يجب لأن ابن مسعود قرأ «ثلاثة أيام متتابعات» والقراءة الشاذة كخبر الواحد =

ولأنه نوع دون عدد يكفر به اليمين فجاز تفريقه، أصله: الإطعام والكسوة.

فصل

وفي تقديم الكفارة على الحنث روايتان: إحداهما: الجواز وهو قول الشافعي[1]، والأخرى: المنع وهو قول أبي حنيفة[2]، فوجه الجواز قوله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير»[3]، وروى «فيأت الذي خير وليكفر عن يمينه»[4] وذلك يفيد التخيير، ولأنه معنى لرفع حكم اليمين كالاستثناء ولأن الكفارة أقوى من الاستثناء لأنه يؤتى بها متصلة ومنفصلة والاستثناء لا يؤتى به إلا متصلاً فإذا أثر الاستثناء قبل الحنث فالكفارة أولى، ولأنه كفر بعد العقد فأشبه أن يكفر بعد العقد والحنث ووجه المنع قوله ﷺ: «فأت الذي هو خير ثم كفر عن يمينك»[5] وهذا نص، ولأنه حق في مال تعلق بسبب فلم يجز تقديمه على سببه، أصله: الزكاة، ولأن الكفارات في الأصول يجوز تقديمها على ما يوجبها اعتباراً بالظهار والقتل.

فصل

وإذا قلنا بالجواز فلا فصل بين الصيام وغيره، خلافاً للشافعي[6]، لأنه أحد أنواع الكفارة فأشبه الإعتاق والإطعام.

= في وجوب العمل، مغني المحتاج (٤/٣٢٨).

(١) قال الإمام النووي: (يجوز التكفير قبل الحنث إن كفر بغير الصوم ولم يكن الحنث معصية)، روضة الطالبين (١١/١٧)، مغني المحتاج (٤/٣٢٦).

(٢) قال المرغيناني: (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه لأن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب، لأنه مانع غير مفض بخلاف الجرح لأنه مفض، الهداية (٢/٣٥٨)، الاختيار (٣/٢١٩).

(٣) أخرجه مسلم في الأيمان (٣/١٢٧١) ح (١١/١٦٥٠)، ومالك في الموطأ (٢/٤٧٨) ح (١١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور (١١/٥٢٥) ح (٦٦٢١)، ومسلم في الأيمان (٣/١٢٧٣ - ١٢٧٤) ح (١٩/١٦٥٢).

(٦) روضة الطالبين (١١/١٧)، مغني المحتاج (٤/٣٢٦).

باب

النذر[١] على ضربين مجهـول ومعلوم: فالمجهول هو الذى لا يبين مـخرجه بنية ولا نطق مثل: أن يقـول: لله علىَّ النذر ولا يبين ما هو، فهـذا يلزم فيه كفـارة يمين، فإن سمى له مخرجًا ونوى به شيئًا. سقط اعـتبار الكفارة وصار الحكم للمخرج الذى سُمّى له وهذا هو الضرب الثانى من النذر وهو المعلوم الذى قـد سُمّى مخرجه وبيّن المراد به، ولا يخلو مخرجه مـن أربعة أقسام: إما أن يكون طاعة وقربة كـالصلاة والصوم والحج وسائر ما يتقرب به[٢].

أو أن يكون معصية كالقتل والزنا وشرب الخمر وغير ذلك.

أو أن يكون مكروهًا كنذر ترك التنفل والتطوع.

أو أن يكون مباحًا كنذر أكل بعض المبـاحات ولبس الثياب الفاخـرة وغيرها والطيب والمشى فى بعض الطرق وما أشـبه ذلك، فالذى يلزم الوفـاء به من هذا كله هو الطاعة والقربة دون ما عداها، فأما المعصـية فيحرم الوفاء بها[٣]، وأما ترك التنفل فيكره الوفاء به، فأما المباح فلا يتعلق بنذره حكم أصلاً.

نوع آخر:

والنذر ضربان: مطلق ومقيد:

فالمطلق: هو أن يكون مستقلاً بنفسه غير معلق بغيره إما بأن يتبين مخرجه أو لا يتبين مثل أن يقول: لله علىَّ نذر ويسكت أو يقول هو كذا وكذا.

والمقيد: هو أن يعلقه بغيره ويـجعله شرطًا فيه مثل أن يقول: إن كـان كذا وكذا فلا يلزمه النذر إلا بوجود ذلك الشرط، ثم مـا يقيد به ينقسم إلى أربعة أقسام كـانقسام ما يحلف عليـه وهو أن يقول: لله علىَّ نذر صلاة أو صـوم أو صدقـة إن فعلت أو إن لم أفعل أو لأفعلن أو لا [فعلت][٤] وكذلك ما ليس من فعله كقوله: إن شفى الله مريضى

(١) تقدم تعريف النذر فى أول «باب الأيمان».
(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٤٥٤).
(٣) الكافى لابن عبد البر (١/ ٤٥٤).
(٤) ثبت فى (ب) (لفعلت).

أو قدم غـائبي أو رزقني مالاً أو مـا أشبـه ذلك وكل هذا عندنا يلزم الوفـاء به إذا وجد شرطه من غيـر اعتبار بشرطه أن يكون طاعة أو مـعصية أو مباحًا كالـيمين سواء إلا إن متعلق النذر ينقسم إلى أربعة أقسام كانقسامه فى نفسه:

منه ما يجب فعله مثل أن يعلق النـذر بواجب كقوله: لله عليَّ نذر إن صليت الظهر فى وقتـها وما أشبـه ذلك فهذا يلزم الوفاء به ويلزم فـعل الشرط فإن اجتـرأ وأثم وأخر الصلاة عن وقتها فلا شىء عليه من نذره لأنه لم يوجد شرطه.

ومنه ما يحرم فعله كقوله: لله عليَّ نذر إن لم أشرب خـمرًا فهذا لا يجوز فعله فإن شرب عصى وأثم وسقط عنه النذر.

ومنه ما يكره الوفاء به كقوله: لله عليَّ النذر إن تنفلت الليلة بصلاة يقصد ذلك منع نفسه من فعلها [لا شوقًا إليها][1] فهـذا يكره له الوفاء به ويستـحب له أن يتنفل ويكفر فإن لم يتنفل حتى خرجت الليلة فلا نذر عليه.

ومنه ما يكون الوفاء به مباحًا مثل أن يعلق النذر بما لا يحرم عليه فعله كان طاعة أو مباحًا كما ينذر فعل طاعة بشرط طاعة كقوله: لله عليَّ أن أحج السنة إن صمت غدًا أو بشرط مباح كـقوله: إن كلمت زيدًا فيكون مخيـرًا فى ذلك إن فعله لزمه النذر وإن لم يفعله لم يلزمه.

نوع آخر:

ولا يفـتـرق الحكم عندنا بأن يكون النذر علـى وجه التـبـرر والرضًا أو اللجـاج[2] والغضب فى جميع أحكامه، فأما التبرر والرضًا فهو أن يكون على سبيل الشكر كقوله: لله عليَّ نذر إن شفى الله مريضى أو قدم غائبى أو سلم مالى أو رزقنى الحج أو ما أشبه ذلك، واللجاج أن يقصد منع نفسه من فعل سيئ ومعاقبتها بإلزام نفسه النذر كقوله: لله عليَّ نذر إن أكلت هذا الرغيف أو إن كلمت فلانًا أو بت فـى دارى أو ما أشبه ذلك مما يقصد به غيظ نفسه والتشديد عليها فالحكم فى ذلك كله سواء على ما بيناه.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) اللجاج من اللجاجة وهى الخصومة والتردد فى الـكلام واختلاطه بعضه ببعض. القاموس المحيط (١/٢٠٥).

فصل

وإنما قلنا: إن النذر المجهول ينعقد وتلزم فيه كفارة يمين لقوله ﷺ: «كفارة النذر كفارة اليمين»[١]، وروى «من نذر نذراً لم يسمه فعليه كفارة يمين»[٢]، ولأنه نذر مقصود به القربة فوجب أن يثبت حكمه كالمسمى، لأن معنى النذر الإيجاب وأدنى واجب مقدر كفارة يمين.

فصل

وإنما قلنا: إن الوفاء بنذر الطاعة واجب لقوله ﷺ: «من نذر أن يطع الله فليطعه»[٣]، ولأن القول أحد نوعى الإيجاب بالشرع كالفعل.

فصل

وإنما قلنا: إن ما عداه لا يوفى به لقوله ﷺ «ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه»[٤]، وحديث أبى إسرائيل لما رآه رسول الله ﷺ حافيًا قائمًا فى الشمس فقال: «مروه فليستظل ولينتعل»[٥]، ولأن الإيجاب فرع على الجواز فإن كان فعل العصيان غير جائز فهو على الوجوب أبعد، فأما المباح فلا يلزم لأن المقصود من النذر القربة والمباح لا قربة فيه.

---

(١) أخرجه مسلم فى النذر (٣/ ١٢٦٥) ح (١٣/ ١٦٤٥)، وأبو داود فى الأيمان والنذور (٣/ ٢٣٩) ح (٣٣٢٣)، والترمذى فى النذور والأيمان (٤/ ١٠٦) ح (١٥٢٨)، والنسائى فى الأيمان والنذور (٧/ ٢٤) باب (كفارة النذر)، وأحمد فى المسند (٤/ ١٧٨) ح (١٧٣٠٩).

(٢) أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور (٣/ ٢٣٨) ح (٣٣٢٢)، وابن ماجه فى الكفارات (١/ ٦٨٧) ح (٢١٢٧)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: رجاله رجال الصحيح. إلا أن طلحة والحكم لم يسمعا من ابن مسعود انظر مجمع الزوائد (٤/ ١٨٩).

(٣) أخرجه البخارى فى الأيمان والنذور (١١/ ٥٨٩) ح (٦٦٩٦)، وأبو داود فى الأيمان والنذور (٣/ ٢٢٩) ح (٣٢٨٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الأيمان والنذور (١١/ ٥٩٤) ح (٦٧٠٤) ومسلم فى النذر (٣/ ١٢٦٢) ح (٨/ ١٦٤١)، واللفظ عند البخارى.

فصل

وإنما قلنا: إنه يثبت حكم مخـرجه بالنية والنطق لأنهما طريقان لمـعرفة المراد وثبوت أحكام الخطاب، وقد قال ﷺ: «وإنما لامرئ ما نوى»[١].

فصل

وإنما قلنا: إن النذر المطلق يلزم حكمـه خلافًا لبعض الشافـعية[٢]، لعموم الأخبار، واعتبارًا بالمقيد بعلة أنه ألزم نفسه على وجه النذر ما يجب الوفاء بجنسه.

فصل

وإنما سوينا بين نذر اللجاج والتبرر خلافًا للشافعي في قوله: إن نذر اللجاج تجب به كفارة يمين[٣]، لأن اختلاف الحال التي عقد عليها النذر لا يوجب سقوط المنذور وإلزام غيره، أصله: حال التبرر، ولأنها قربة ألزمها نفسه على وجه النذر فإذا وجد شرطها لم يجز إسقاطها كالحج.

فصل

وإنما سوينا بين شـروط النذر لأن الإيجاب علق بوجوده وما كـان كذلك فلا يراعى فيه صفة زائدة عليه كالطلاق والعتاق.

فصل

ومن قال: مالي في سبيل الله أو هدي لزمـه إخراج الثلث خلافًا لمن قال: لا يلزمه شيء أصلاً[٤]، لقوله ﷺ لأبي لبابة[٥] ونذر أن يختلع من جميع ماله: «يجزيك من ذلك

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر مجموع شرح المهذب (٨/ ٤٦٠)، روضة الطالبين (٣/ ٢٩٦).

(٣) قال الإمام النووي: (يلزمه في نذر اللجاج طرق أشهـرها على ثلاثة أقوال: أحدها: يلزمه الوفاء بما التـزم. الثاني: يلزمـه كفارة يمـين. الثالث: يـتخيـر بينهمـا وهذا الثالث هو الأظهـر عند العراقيين، لكن الأظهر على مـا ذكره صاحب التهذيب، والروياني وإبراهيم المروزي والموفق ابن طاهر وغيرهم: وجوب الكفارة)، روضة الطالبين (٣/ ٢٩٤)، مغني المحتاج (٤/ ٣٥٥).

(٤) ذكره في المغني رواية ثانية عن الإمام أحمد، انظر المغني (١١/ ٣٣٩).

(٥) تقريب التهذيب (ص ٦٦٩).

الثلث»[١] واعتبارًا به إذا عين شيئًا من ماله، ولا يلزمه الكل خلافًا للشافعي[٢]، للخبر، ولأن المريض لما منع من إخراج كل ماله إنقاء على ورثته كان الحي أولى لحق نفسه.

فصل

ولا تجزيه كفارة يمين خلافًا لمن ذهب إلى ذلك[٣] لقوله ﷺ: «يجزيك من ذلك الثلث»[٤] فدل على أنه لا يجزيه دونه، ولأنه نذر إخراج مال كما لو عين.

مسألة

إذا نذر المشي إلى بيت الله لزمه النذر فإن [عيَّن][٥] حجًا أو عمرة لزمه ما عينه وإن أطلق لزمه ما يختار منهما، ومنتهى المشي في الحج طواف الإفاضة وفي العمرة الفراغ من السعي فإن كان ضرورة وأراد الجمع في سفره بين فرضه ونذره مشى في عمرة ثم حج ويكون متمتعًا إن كانت عمرته في أشهر الحج، ولا يجوز له ترك المشي مع القدرة عليه والمشي من حيث حلف فإن عجز ركب ثم عاد قابلاً فلفق مشيه وأهدى إن قدر وإلا فليهد ولا يعد، وكذلك العاجز عن المشي من أول مرة، وهذا إذا كان ما ركب كثيرًا فإن كان يسيرًا أهدى ولا عود عليه وينتعل ناذر الحفاء ولا دم عليه.

فصل

وإنما قلنا: إن نذر المشي يلزم لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، وفي حديث عقبة بن عامر أن أخته نذرت أن تمشي إلى الكعبة فقال ﷺ: «لتمشي أو لتركب وتهدي»[٦]، ولأنه قول ابن عمر[٧] ولا مخالف له، وإنما قلنا: إنه يمشي في حج أو

(١) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور (٣/٢٣٨)، ومالك في الموطأ (٢/٤٨١) ح (١٦)، وأحمد في المسند (٣/٥٥٢) ح (١٥٧٥٦).

(٢) انظر مجموع شرح المهذب (٨/ ٤٦٠)، روضة الطالبين (٣/٢٩٧).

(٣) انظر المغني لابن قدامة (١١/٣٣٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت في (أ) (فإن عين).

(٦) أخرجه البخاري في جزاء الصيد (٤/ ٩٤) ح (١٨٦٦) بلفظ: لتمشي ولتركب فقط. ومسلم في النذر (٣/ ١٢٦٤) ح (١١/١٦٤٤)، بنحوه. ولفظ (تهدي) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور (٣/ ٢٣١) ح (٣٢٩٦) وإسناده صحيح، انظر تلخيص الحبير (٤/ ١٩٥ ـ ١٩٦).

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٤٧٣) ح (٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٣٩) ح (٢٠١٢٨) =

عمرة لأن الألفاظ إذا أطلقت ولها معهود في الشرع حملت عليه، كما لو نذر صلاة أو صومًا والمعهود من المشى إلى بيت الله أنه لأحد هذين النسكين فوجب انصراف النذر إليه.

وإنما قلنا: إنه إن عين أحدهما لزمه ما عينه لأن تعيينه قد أوجبه على نفسه كتعيين الصلاة والصوم، وإذا لم يعين كان مخيراً لأن التعيين لا يثبت إلا من جهته.

وإنما قلنا: يمشى فى الحج إلى آخر طواف الإفاضة لأن نذره تناول المشى فى جميع الحج فما دام فى الإحرام فعليه المشى ولا يخرج منه إلا بطواف الإفاضة، وفى العمرة بالفراغ من السعى.

وإنما قلنا فى الضرورة: إن له أن يجعل مشيه فى عمرة ليتم له غرضه من أداء الفرض والنذر فى سفر واحد.

وإنما قلنا: إنه يلزمه المشى مع القدرة عليه للظاهر والخبر الذى رويناه.

وإنما قلنا: إن المشى من حيث حلف لأنه الموضع الذى تناوله الوجوب بالنذر دون غيره.

وإنما قلنا: إنه إن عجز ركب لأنه فى الخبر «لتمشى أو لتركب ولتهدى»[1] ولأن النذر تناول المعنى إلى مكة على صفة وهى المشى فإذا عجز عن صفة الذهاب لم يسقط عنه أصله، وإنما قلنا: إنه يرجع من قابل إن أمكنه لأن المشى باق فى ذمته لا يسقط عنه إلا بأدائه، وركوبه هو لتمام المناسك لا ليكون بدلاً عن المشى.

وإنما قلنا إنه إذا عجز فلا يعود لأنه لا فائدة فى عوده لأن العود إنما يراد ليكمل المشى، وإنما قلنا: إن عليه الهدى خلافًا للشافعى[2]، لقوله ﷺ: «لتمشى أو لتركب ولتهدى»[3] معناه إن عجزت، ولأنه إذا ألزم نفسه المشى فقد تعين عليه لزومه فصار كالتعيين بالشرع وما لزم بتركه الدم مع القدرة والعجز كالرمى إذا عجز منه.

وإنما قلنا: إن الركوب اليسير ينوب عنه الدم لأنه لا حكم له مع المشى المقصود وهو

= ولم يذكر لفظ الهدى عن ابن عمر عنده.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر مغنى المحتاج (٤/٣٦٤)، روضة الطالبين (٣/٣٢٠).

(٣) تقدم تخريجه.

الأكثر، وإنما قلنا: إن من نذر المشى حافيًا انتعل لأن الحفاء لا قربة فيه، ولقوله ﷺ فى حديث أبى إسرائيل: «مروه فلينتعل»[1].

فصل

ومن نذر المشى إلى مسجد الرسول ﷺ أو إلى بيت المقدس للصلاة فيهما لزمه ذلك خلافًا للشافعى[2] لقوله ﷺ: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد...» فذكر: مسجده وبيت المقدس[3]، ولأنهما مسجدان تضاعف الصلاة فيهما بألف كالمسجد الحرام، ولا يلزم نذر المشى إلى غيرها للخبر، ولأن المعنى فيهما معدوم فى غيرهما.

فصل

ومن نذر ذبح ابنه فى يمين أو على وجه القربة فعليه الهدى وإن نذره مجردًا لا يقصد القربة فلا شىء عليه، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا نذره على وجه القربة فإنما أراد نذر الفداء عنه، لأن ذلك معهود فى الشرع أن نحر الابن قد يكون على وجه القربة لأن إبراهيم عليه السلام تعبد بذلك، وصارت الأضحية أصلاً فى شرعنا تشبيهًا به فكان الناذر له على وجه القربة ناذرًا للفداء عنه، وإن لم يرد القربة فلا شىء عليه لأنه نذر معصية مع التجريد.

فصل

ومن نذر أن يهدى شيئًا من ماله فإن كان مما يجوز أن يكون هديًا أهداه لأن أداء النذر مع الإمكان مستحق، وإن كان [مما][4] لا يهدى مثله باعه واشترى به هديًا لأنه نذر أهداه فالكلام ينصرف إلى الوجه الذى يمكن إهداؤه عليه فإذا امتنع فى عينه لزم فى ثمنه والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الخطيب الشربينى: (إلا مسجد المدينة والأقصى فيتعينان للصلاة المنذورة فيهما قلت: الأظهر أخذًا من الرافعى فى الشرح تعيينهما كالمسجد الحرام والله أعلم لاشتراك الثلاثة فى عظم الفضيله وإن تفاوتت فيه)، مغنى المحتاج (٤/٣٦٧)، روضة الطالبين (٣/٣٢٥).

(٣) أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة (٣/ ٨٤ ـ ٨٥) ح (١١٩٧)، ومسلم فى الحج (٢/ ٩٧٥ ـ ٩٧٦) ح (٤١٥/٨٢٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

١٠
كتاب الأضاحى

الأضحية[١] سنة مؤكـدة، والأصل فيه قوله ﷺ: «أمـرت بالنحر وهو لكم سنة»[٢]، ولأنه ﷺ ضحى والأئمة بعده ولا خلاف فى فضيلتها[٣].

فصل

وليست بواجبـة وجوب الفرائض ولا على ما يقـول أصحاب أبى حنيفة إنهـا واجبة يجرح تاركهـا زائدة على وجوب السنن[٤]، لقـوله ﷺ: «ثلاثة هى علىَّ فـرض ولكم تطوع: الوتر والأضحية والسواك»[٥]، ولأنه ذبح لا يجب على المسـافر فلم يجب على الحاضر كالعقيقة.

فصل

وهى مسنونة لكل أحـد إلا الحاج بمنى لأن ما ينحر بمنى هو هدى لأنـه من حقه أن يوقف بعرفة، ولأن الحاج بمنى لما لم يخاطبـوا أيضًا بصلاة العيد لأجل حجهم فكذلك بالأضحية.

---

(١) الأضحية: «هى اسم مـا تقرب بذكاته من جذع ضان أو ثنى سائر النعم سليـمين من بين عيب مشروطًا بكونه فى نهار عاشر ذى الحجة أو تاليـه بعد صلاة إمام عيده له وقدر زمن ذبحه لغيره ولو تحريًا لغير حاضر». شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٠٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) المغنى لابن قدامة (١١/ ٩٤).

(٤) قال المرغينانى: (والأضـحية واجبة على كل حر مـسلم مقيم موسر فى يوم الأضـحى عن نفسه وعن ولده الصغار). الهداية (٤/ ٤٠٣)، الاختيار (٤/ ٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

لا تجوز الأضحية إلا من بهيمة الأنعام دون غيرها، لأنه ﷺ ضحى بالغنم[١] وبيَّن ما يجزى منها فلم يذكر إلا الإبل والبقر والغنم، ولأنه ذبح متقرب به كالهدايا.

فصل

وأفضلها الغنم ثم البقر ثم الإبل، والضأن أفضل من المعز، وفحول كل جنس أفضل من إناثه خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى فى قولهما: إن الأفضل الإبل ثم البقر ثم الغنم[٣]، لأنه ﷺ ضحى بكبشين[٤]، وقوله: «خير الأضحية الكبش»[٥]، ولأن المراعى طيب اللحم ورطوبته دون كثرته بدليل ما رويناه من تضحيته بالغنم وعدوله إليها عن الإبل والبقر ولأنه يختص بها أهل البيت دون الفقراء بخلاف الهدايا.

فصل

والسن الجائز فيها الجذع من الضأن والثنى مما سواه، أما الجذع من الضأن فلا خلاف فى جوازه يعتمد عليه[٦]، والأصل فيه قوله ﷺ: «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»[٧] وقوله: «ضحوا بجذاع الغنم»[٨] فأما الجذع من غيره فلا يجوز لقوله لأبى بردة وقال: ما عندى إلا جذع من المعز: «يجزيك ولا يجزى

(١) أخرجه البخارى فى الأضاحى (١٠/ ٢٥) ح (٥٥٦٤)، ومسلم فى الأضاحى (٣/ ١٥٥٦) ح (١٧/ ١٩٦٦).

(٢) الاختيار للموصلى (٤/ ٦٤)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٠٨).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ١٩٣)، مغنى المحتاج (٤/ ٢٨٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه الترمذى فى الأضاحى (٤/ ٨٧) ح (١٤٩٩)، وابن ماجه فى الأضاحى (٢/ ١٠٤٦) ح (٣١٣٠).

(٦) أورد ابن قدامة فى المغنى من يخالف ذلك فقال: (قال ابن عمر والزهرى: لا يجزىء الجذع لأنه لا يجزى من غير الضأن فلا يجزى منه كالحمل وعن عطاء والأوزاعى فلا يجزى الجذع من جميع الأجناس»، انظر المغنى (١١/ ٩٩).

(٧) أخرجه مسلم فى الأضاحى (٣/ ١٥٥٥) ح (١٣/ ١٩٦٣)، وأبو داود فى الضحايا (٣/ ٩٥) ح (٢٧٩٧)، وابن ماجه فى الأضاحى (٢/ ١٠٤٩).

(٨) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٤٥٤) ح (١٩٠٧٢).

أحدًا بعدك»[1] وقوله: «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»[2] فقصر الجذاع على جنس مخصوص وهو الضأن فكان ما عداه مبقى على الأصل، والجذع من الضأن ما له ستة أشهر فما زاد، والثنى من المعز ما له سنة وقد دخل فى الثانية، [والثنى][3] من البقر ما له سنتان وقد دخل فى الثالثة، ومن الإبل ما له ست سنين لأنه يلقى ثنيته.

فصل

أيام الأضحى يوم النحر ويومان بعده ولا يضحى فى اليوم الرابع خلافًا للشافعى[4]، لأنه إجماع الصحابة روى عن عمر[5] وعلى[6] وابن عباس[7] وابن عمر[8] وأبى هريرة وأنس[9]، ولا مخالف لهم، وقوله تعالى: ﴿ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام﴾ [الحج:٢٨] وأقل الأيام ثلاثة، ولأنه ليس بمعلوم كالخامس، ولأنه لا يتعقبه مبيت بمنى فأشبه ما بعده.

فصل

الأفضل أن يضحى يوم النحر لأنه ﷺ والأئمة بعده كانوا يضحون فيه، وعن على رضوان الله عليه: النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها[10]، ولأنه اليوم المقصود بذلك، وإليه ينسب النحر وما بعده فى حكم التابع، وقيل فى تأويل قوله تعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر:٢] صلى العيد وانحر الأضحية.

---

(١) أخرجه البخارى فى الأضاحى (١٠/١٥) ح (٥٥٥٧)، ومسلم فى الأضاحى (٣/١٥٥٢) ح (٥/١٩٦٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ)، و(هـ).

(٤) انظر مغنى المحتاج (٤/٢٨٢)، روضة الطالبين (٣/ ٢٠٠).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/٤٩٩) ح (١٩٢٥١).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٥٠٠) ح (١٩٢٥٤).

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/٤٩٩) ح (١٩٢٤٧).

(٨) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٥٠٠) ح (١٩٢٥٣).

(٩) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٥٠٠) ح (١٩٢٥٥).

(١٠) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٥٠٠) ح (١٩٢٥٢).

فصل

يتعلق بأيام النحر ورابعها وصفان: معلوم ومعدود فيوم النحر معلوم غير معدود وأربعة معدود غير معلوم وما بينهما معدود، وفائدة وصفه فى أنه معلوم جواز النحر فيه وبأنه معدود إيقاع الرمى فيه.

وإنما قلنا: إن يوم النحر معلوم لجواز النحر فيه، وإنما قلنا: إنه ليس بمعدود لأنه النفر لا يجوز فى غده ومن حقه أن يكون فى ثانى المعدودات.

وإنما قلنا: إن ثانى النحر وثالثه يجمع الوصفين لجواز النحر والرمى فيهما، ولأن النفر جائز فى اليوم الثالث، وقلنا: إن رابع النحر معدود لجواز الرمى فيه، وقلنا: إنه غير معلوم لامتناع النحر فيه.

فصل

لا يجوز الأضحية بالعمياء، ولا العوراء البيِّن عورها ولا الشديدة المرض ولا العجفاء[١] التى ليس فيها نقى ولا الشديدة الضلع[٢] التى لا تلحق بالغنم، ولا المقطوعة الأذن، ولا السكاء، ولا يجوز الخرقاء والشرقاء والعضباء؛ والنقى: المخ، والخرقاء: المقطوع بعض أذنها من أسفله، والسكاء: هى المخلوقة بغير أذن، والعضباء: هى الناقصة الخلق، وهذه العيوب قد ورد النهى فيها من حديث على[٣] رضى الله عنه، والبراء[٤]، ونكتة هذا الباب أن كل عيب نقص اللحم أو أثر فيه أو كان مرضًا أو نقص من الخلقة فإنه يمنع الأضحية، وفى بعضها خلاف، وينبغى فى الجملة أن يتقى العيب وتتوخى السلامة لأنه ذبح مقصود به القربة فوجب أن يكون مسلَّما مخلصًا مما ينقصه ويكدره، لقوله تعالى: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾ [آل عمران:٩٢]، وقوله تعالى:

(١) العجفاء: هى التى لا مخ فى عظامها، الثمر الدانى (ص ٣٩٣).

(٢) الضلع بالضاد المعجمة واللام، وروى بالطاء وهى المشالة أى: المرتفعة، أى: البين عرجها وهى التى لا تلحق الغنم)، الثمر الدانى (ص ٣٩٣).

(٣) أخرجه أبو داود فى الضحايا (٣/ ٩٧ ـ ٩٨) ح (٢٨٠٤)، والنسائى: الضحايا (٧/ ١٩٠ ـ ١٩١ ـ ١٩٢)، باب (المقابلة) وابن ماجه فى الأضاحى (٢/ ١٠٥٠) ح (٣١٤٢) والترمذى فى الأضاحى (٤/ ٨٦)، (١٤٩٨)، وقال: حسن صحيح.

(٤) أخرجه أبو داود فى الضحايا (٣/ ٩٧) (٢٨٠٢) وابن ماجه فى الأضاحى (٢/ ١٠٥٠) ح (٣١٤٤) ومالك فى الموطأ (٢/ ٢٨٢) ح (١)

﴿ويجعلون لله ما يكرهون﴾ [النحل:٦٢]، فأما العوراء فلا نعلم خلافًا فى منع الأضحية بها[١]، وفى حديث على والبراء أنه ﷺ نهى عن العوراء البين عورها، ولأنه ذهاب عضو منها فيه منفعة واستمتاع، وإذا لم تجز العوراء فالعمياء أولى أن لا تجوز، فأما المريضة البيِّن مرضها فكذلك فى الحديث، ولأن المرض عيب يفسد اللحم ويضر بمن يأكله.

والعجفاء التى لا شحم فيها ولا مخ فى عظمها لشدة هزالها فقد ورد النهى عنها ولا منفعة فيها لأن المراعى فى الأضحية إما كثرة اللحم ووفوره أو طيبه ورطوبته وكل ذلك معدوم فى هذا الموضع، [والعرجاء العرج الشديد][٢] عيب مؤثر مستقبح عند الناس لنقص اللحم والرعى، وعند أبى حنيفة تجوز الأضحية بها ما دامت تمشى[٣]، وما ذكرناه دلالة على فساد قوله، وفى الحديث: «العرجاء البين ظلعها»[٤]، والجماء[٥] لا بأس بها لأن القرن لا منفعة فيه للأكل، وإنما منعناه إذا أدمى لأنه مرض، وروى «المقابلة والمدابرة»[٦] وهو قطع الأذن والإلية، وفى قدر ما ذكرناه تنبيه على تفريع هذا الباب.

فصل

ولا يجوز الاشتراك فى ثمن الأضحية ولا لحمها خلافًا لأبى حنيفة[٧] والشافعى فى قولهما: إن البدنة تجزى عن سبعة وكذلك البقرة[٨]، لأنه حيوان يضحى به فلم يجز إلا عن واحد كالشاة، ولأن كل واحد يصير مخرجًا للحم بعض بدنة أو بقرة، وذلك لا يكون أضحية كما لو اشترى لحمًا، ولأن كل إنسان مخاطب بفعل ما يسمى أضحية وهذا الاسم ينطلق على الدم دون اللحم، ولأنه اشتراك فى دم فوجب أن لا يجزى مريد القربة، أصله: إذا قصد بعضهم الإباحة على قول أبى حنيفة، أو ما زاد على السبعة، أصله: إذا قصد على قوله وقول الشافعى.

(١) انظر المغنى لابن قدامة (١١/ ١٠٠).
(٢) ثبت فى (أ) (العرجاء الشديدة).
(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٠٧)، الاختيار للموصلى (١/ ٢٣٠).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) الجماء: التى لا قرن لها المطلع (ص ٢٠٥).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٠٤ ـ ٤٠٥)، الاختيار للموصلى (٤/ ٦٦).
(٨) انظر مغنى المحتاج (٤/ ٢٨٥)، روضة الطالبين (٣/ ١٨٣).

فصل

وإن ضحى الرجل بكبش أو غيره عنه وعن أهل بيته جاز لأن النبى ﷺ فعل ذلك[١] وليست هذا بشركة فى ملك اللحم وإنما المراد بذلك الشركة فى الثواب والبركة.

فصل

الاختيار أن يلى الرجل ذبح أضحيته بيده لأن رسول الله ﷺ كذلك كان يفعل[٢]، ولأنها من عبادة الأبدان فاستحب أن يليها بنفسه كسائر عبادات الأبدان فإن كان له عذر جاز أن يستنيب غيره لأن الضرورات تسقط معها أحكام الاختيار.

وإن استناب غيره من غير عذر كرهنا له ذلك وأجزناه لأن الأضحية طريقها المال وعبادات الأموال تصح فيها النيابة كتفريق الزكاة وغيرها، ولأن النبى ﷺ قد استناب عليًا رضى الله عنه فى نحر الهدايا[٣] ولا فرق بينها وبين الأضاحى.

فصل

إذا استناب حرًا مسلمًا أجزاه من غير خلاف فإن استناب ذميًا فلا يجزيه عند مالك ويجزيه عند أشهب[٤] وقيل: إنه رواية عن مالك.

فإذا قلنا: لا يجزيه فلأنه مشرك كالمجوسى، ولأن طريقها القربة المعلقة بالبدن فلا يجوز نيابة المشرك فيها كالحج وغيره.

وإذا قلنا: يجزيه فلأنه من أهل الذبح كالمسلم واعتبارًا بتوليته العتق وتفرقة الزكاة ولحم الأضحية.

فصل

يسمى الذابح على الأضحية ويكبر لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل حين ذبح

(١) أخرجه ابن ماجه فى الأضاحى (٢/ ١٠٤٣) ح (٣١٢١)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨) إسناده صحيح.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) كما جاء فى حديث مسلم السابق. وقال الحافظ الزيلعى: سنده ضعيف. انظر نصب الراية (٣/ ١٦١).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (١/ ٤٣٠).

أضحيته[1] فإن نسى التسمية فلا شىء عليه وإن تعمد تركها لم تؤكل وذلك مذكور فى الذبائح.

فصل

ووقت نحر الأضحية بعد الصلاة والخطبة ولا يجوز لأحد أن يذبح قبل الإمام إذا كان الإمام ممن يظهر نحر أضحيته وينبغى له إحضارها المصلى ليقف الناس على وقت ذبحه فلا يتقدموا عليه فإن لم يفعل توخى الناس قدر انصرافه وذبحه ثم ذبحوا بعد ذلك، ومن ذبح قبله متعمداً أعاد فإن نحروا ثم بان لهم أنهم سبقوه أجزاهم، وكذلك من ذبح فى قرية لا إمام فيها فتحرى ذبح من يليه من الأئمة فصادف ذبحه قبله، ولا يجوز ذبح الأضحية بليل.

فصل

وإنما قلنا: إن الأضحية لا تكون إلا بعد الصلاة لأن رسول الله ﷺ كذلك فعل: صلى ثم خطب ثم نحر ولقوله: «أول ما نبدأ به فى يومنا هذا أن نصلى ثم ننحر فمن نحر قبل الصلاة فإنما تعجل لحماً لأهله»[2]، ولأمره ﷺ أبا بردة بن نيار أن يعيد الذبح وكان ذبح قبل الصلاة[3].

فصل

وإنما قلنا: إن المأموم لا يذبح حتى يذبح الإمام وأنه يعيد إن فعل خلافاً لأبى حنيفة[4] والشافعى[5]، لحديث أبا بردة بن نيار أنه ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله فأمره أن يعيد[6] ولأنه ذبح قبل الإمام فأشبه إذا ذبح قبل الصلاة.

(١) أخرجه البخارى فى الأضاحى (١٠/٥) ح (٥٥٤٥)، ومسلم فى الأضاحى (٣/ ١٥٥٢) ح (٤/ ١٩٦١).

(٢) أخرجه البخارى فى الأضاحى (١٠/ ٢٢) ح (٥٥٦٢)، ومسلم فى الأضاحى (٣/ ١٥٥١) ح (٢/ ١٩٦٠).

(٣) أخرجه البخارى فى الأضاحى (١٠/٥) ح (٥٥٤٥)، ومسلم فى الأضاحى (٣/ ١٥٥٢) ح (٤/ ١٩٦١).

(٤) الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٠٥)، الاختيار للموصلى (٤/ ٦٨).

(٥) انظر مجموع شرح المهذب (٨/ ٣٨٩).

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا: إن على الإمام أن يحضر أضحيته المصلى لأنه قد ثبت أن على الناس الاقتداء به فوجب أن يظهر أضحيته ليصل الناس إلى العلم بوقت ذبحه فإن لم يفعل نحروا على ما ذكرناه لأنهم لا يقدرون على أكثر من ذلك.

وإنما قلنا: إنه لا شيء عليهم إذا بان أنهم سبقوه فلأنهم يجتهدون فيما لا سبيل لهم إلى اليقين فيه كالاجتهاد فى القبلة مع الغيمة، ولأن من لا إمام عندهم نحروا ذبح أقرب الأئمة إليهم لأنهم مخاطبون بالاقتداء بمن قرب دون من بعد.

فصل

وإنما قلنا: لا يجوز النحر بالليل خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لقوله تعالى: ﴿**ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات**﴾ [الحج:٢٨]، ولأنه ﷺ ذبح نهارًا[3]، ولأنها قربة تتعلق بالعيد تضاف إليه لا يجوز تقديم ما قبله فلم يجز أن يفعل ليلاً كالصلاة.

ويستحب للرجل أن يأكل من لحم أضحيته لقوله تعالى: ﴿**فكلوا منها وأطعموا**﴾ [الحج:٢٨]، وقال ﷺ: «فكلوا وادخروا»[4]، وليس بواجب خلافًا لقوم[5]، اعتبارًا بسائر الذبائح.

فصل

ولا يباع شيء من الأضحية من لحم أو جلد أو صوف أو غيره ولا يعوض عليه ولا يعطى أجرة لجازر ولا دابغ خلافًا لأبى حنيفة فى إجازته بيع جلدها بما سوى الدراهم مما

---

(١) قال المرغينانى: (ويجوز الذبح فى لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل). الهداية (٤/٤٠٦).

(٢) قال الإمام النووى: (ويجوز ليلاً ونهارًا لكن تكره التضحية والذبح مطلقًا فى الليل). روضة الطالبين (٣/ ٢٠٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم فى الأضاحى (٣/ ١٥٦١) ح (٢٨/ ١٩٧١).

(٥) عزاه ابن قدامة إلى بعض أهل العلم فقال: (وقال بعض أهل العلم يجب الأكل منها). المغنى (١١/ ١٠٩).

يعار وينتفع به[١]، لنهيه ﷺ عن بيع أهب الضحايا[٢]، وقال على رضى الله عنه: أمرنى أن لا أعطى الجازر منها شيئًا، وقال نحن نعطيه من عندنا[٣]، ولأنه جزء من الأضحية كاللحم، ولأنها قد وجبت للمساكين وليس هو بوكيل لهم ولا قيم عليه كالزكاة.

(١) ذكره الكاسانى فى بدائع الصنائع (٥/ ٨١).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٤٩٦) ح (١٩٢٣٣)، من حديث عبد الله بن عياش.

(٣) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٦٤٩) ح(١٧١٦) ومسلم فى الحج (٢/ ٩٥٤) ح (١٣١٧/٣٤٨).

باب العقيقة

العقيقة[١] مستحبة خلافًا لما يحكى عن أبى حنيفة أنها بدعة[٢] لقوله ﷺ: «مع الغلام عقيقة فأهرقوا عنه دمًا»[٣]، وقوله: «كل غلام مرتهن بعقيقته يعق عنه يوم سابعه ويسمى»[٤]، ولأنه ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشًا كبشًا[٥]، وليست بواجبة خلافًا لقوم[٦]، لقوله ﷺ: «ليس فى المال حق سوى الزكاة»[٧]، وقوله وسئل عن العقيقة: «لا أحب العقوق ومن ولد له فأحب أن ينسك عنه فليفعل»[٨] فعلقه بمحبة فاعله، ولأنه طعام يفعل عند الولادة كالوليمة.

---

(١) العقيقة فى اللغة: صوف الجذع والشاة التى تذبح عند حلق شعر المولود، القاموس المحيط (٣/٢٦٦).

شرعًا: ما تقرب بذكاته من جذع ضأن أو ثنى سائر النعم سالمين من بين عيب مشروط بكونه فى نهار سابع ولادة آدمى حى عنه»، شرح حدود ابن عرفة (١/٢٠٣).

(٢) قال الكاسانى: (العقيقة كانت فى الجاهلية ثم فعلها المسلمون فى أول الإسلام فنسخها ذبح الأضحية فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل)، بدائع الصنائع (٣/٦٩).

(٣) أخرجه البخارى فى العقيقة (٩/٥٠٤) ح (٥٤٧٢)، وأبو داود فى الضحايا (٣/١٠٦) ح (٢٨٣٩)، وأحمد فى المسند (٤/٢٣) ح (١٦٢٣٢).

(٤) أخرجه أبو داود فى الضحايا (٣/١٠٥) ح (٢٨٣٧)، والنسائى فى العقيقة (٧/١٤٧) (باب متى يعق)، وابن ماجه فى الذبائح (٢/١٠٥٦) ح (٣١٦٥)، وأحمد فى المسند (٥/٢٣) ح (٢٠٢١٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى الضحايا (٣/١٠٦) ح (٢٨٤١)، والنسائى فى العقيقة (٧/١٤٥) (باب العقيقة)، ومالك فى الموطأ (٢/٥٠١) ح (٦)، وصححه عبد الحق وابن دقيق العيد وسنده صحيح، انظر تلخيص الحبير (٤/١٦١) ح (٤).

(٦) ممن قال بذلك (الحسن وداود)، انظر المغنى (١١/١٢٠).

(٧) أخرجه ابن ماجه فى الزكاة (١/٥٧٠) ح (١٧٨٩) والطبرانى من حديث فاطمة بنت قيس بهذا وفيه أبو حمزة ميمون الأعور رواية عن الشعبى عنها وهو ضعيف، انظر تلخيص الحبير (٢/١٦٩).

(٨) أخرجه أبو داود فى الضحايا (٣/١٠٦) ح (٢٨٤٢)، والنسائى فى العقيقة (٧/١٤٥) باب (العقيقة) وأحمد فى المسند (٢/٢٤٦) ح (٦٧٢٢)، ومالك فى الموطأ (٢/٥٠٠) ح (١).

فصل

ويعق شاة عن الذكر والأنثى خلافًا لأبي حنيفة[١] والشافعي في قولهما: إنه يعق عن الغلام بشاتين وعن الأنثى بشاة[٢]، لأنه ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشًا كبشًا[٣]، ولأنه ذبح متقرب به فلم يتفاضل الذكر والأنثى كالأضحية.

فصل

ولا يجمع بين اثنين في شاة واحدة لأن الغرض به إراقة الدم والشركة فيه كأنه أخرج لحمًا فلا يجوز كالأضحية.

فصل

ووقتها يوم سابع الولادة لقوله ﷺ في العقيقة: «يذبح عنه يوم سابعه»[٤]، وروى أنه ﷺ عق عن الحسن والحسين رضوان الله عليهما يوم سابعهما[٥]، فإن ولد الصبي قبل الفجر عد ذلك اليوم وإن ولد بعده ألغى وحسب ما غده، لأنه، لأنه لو حسب منه لم يكمل سبعة أيام على التمام، فإن فات السابع فقيل: إلى السابع الثاني، وقيل: قد فات بفوات السابع الأول وهذا أقيس لفوات الوقت المقدر له بالنص كالأضحية ولذلك لا يعق عن كبير، والاستحباب أن يسمى يوم السابع وقت العقيقة لقوله ﷺ: «يعق عنه يوم سابعه ويحلق ويسمى»[٦] وتذبح ضحوة اعتبارًا بالأضحية ولا يجوز بليل لأنه ذبح متقرب به كالضحايا والهدايا.

فصل

ويؤكل منها كما يؤكل من الأضحية وهي آكد منها ويتصدق لأن المقصد به القربة والتصدق الأصل والأكل تبع، وشأنها شأن الأضحية فيما يجوز منها ويمتنع من جنس

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٣/٦٩).

(٢) مغني المحتاج (٤/٢٩٣)، روضة الطالبين (٣/٢٣١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

وسن وسلامة من عيب ومنع من بيع لحمها وإهابها لأنه ذبح متقرب به يفعل عند حدوث سرور كالأضحية، ويجوز كسر عظامها لا أنه مسنون أو مستحب ولكن تكذيباً للجاهلية فى تحرجهم من ذلك وتفصيلهم العظام من المفاصل وامتناعهم من كسرها.

وحلق رأس الصبى والتصدق بوزن شعره جائز حسن لما روى عنه ﷺ فعل ذلك بالحسن والحسين رضى الله عنهما[1]، ولا يمس الصبى بشىء من دمها لأن ذلك ينجسه من غير فائدة ولا قربة بل يجب تجنبه إياه مخالفة لفعل الجاهلية، وإن فعل بدل الدم خلوق[2] جاز لما روى عن بريدة أنه قال: كنا نفعل ذلك فى الجاهلية فلما جاء الإسلام صرنا نحلق رأسه ونلطخه بزعفران بدلاً من الدم[3]، وروى عن عائشة رضى الله عنها مثله[4].

فصل

الختان[5] سنة مؤكدة فى الذكور والإناث لقوله ﷺ: «عشر من الفطرة» فذكر: «الختان»[6]، وروى: «الختان سنة للرجال مكرمة للنساء»[7]، وقوله: «أشميه ولا تنهكيه فإنه أنضر للوجه وأحظى عند الزوج»[8].

---

(١) أخرجه الترمذى فى الأضاحى (٤/ ٩٩) ح (١٥١٩) وقال: حسن غريب ومالك فى الموطأ (٢/ ٥٠١) ح (٤)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٢٣٧) من حديث فاطمة.

(٢) يقال: خلقه تخليقًا طيبه فتخلق به، القاموس المحيط (٣/ ٢٢٩).

(٣) أخرجه أبو داود فى الضحايا (٣/ ١٠٦) ح (٢٨٤٣) ، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٥٠٩) ح (١٩٢٨٨).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٥٠٩) ح (١٩٢٨٩).

(٥) يقال: ختن الولد يختنه فهو ختين ومختون قطع غرلته، القاموس المحيط (٤/ ٢١٨).

(٦) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٤٧) ح (٥٨٨٩)، ومسلم فى الطهارة (١/ ٢٢١) ح (٤٩/ ٢٥٧).

(٧) أخرجه أحمد فى المسند (٥/ ٩١) ح (٢٠٧٤٦) من حديث حجاج بن أرطاة وهو مدلس، انظر تلخيص الحبير (٤/ ٩٢).

(٨) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/ ٣٧٠) ح (٥٢٧١)، والحاكم والطبرانى وأبو نعيم وأعل الحديث محمد بن حسان وروى الحديث بطرق لا تسلم من الضعف (انظر تلخيص الحبير (٤/ ٩٣).

فصل

وليس بواجب وجوب فرض خلافًا للشافعي[1] لأنه قطع شيء من البدن ابتداء كقطع السرة، ولأنه قطع مقصود به النظافة كقطع الظفر.

* * *

(١) قال الإمام النووي: (ويجب الختان لقوله تعالى: ﴿أن اتبع ملة إبراهيم﴾ وروى أن إبراهيم ﷺ ختن نفسه بالقدوم، ولأنه لو لم يكن واجبًا لما كشفت له العورة لأن كشف العورة محرم فلما كشفت له العورة دل على وجوبه)، انظر شرح المهذب (١/٢٩٧)، صحيح مسلم بشرح النووي (١٤٨/٣).

١١
كتاب الصيد [(١)]

الأصل فيه قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم﴾ [المائدة: ٩٤]، وقوله: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢]، وقوله: ﴿وما علمتم من الجوارح...﴾ إلى قوله: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤]، وقوله ﷺ: «كُل ما ردت عليك قوسك»[(٢)]، وقوله: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكُل»[(٣)]، ولأنه إجماع[(٤)].

فصل

والآلة التي يصاد بها ضربان: سلاح وجوارح، فأما السلاح فالاصطياد بجميع أنواعه مباح من السيوف والسهام والرماح وغيرها، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم﴾ [المائدة: ٩٤] الآية، وقوله ﷺ: «كُل ما ردت عليكَ قوسك»[(٥)]، وقوله في المعراض: «إذا خرق فكُل»[(٦)]، ولأن المذكى ضربان:

---

(١) الصيد في اللغة: مصدر صاد يصيد صيداً فهو صائد ثم أطلق الصيد على المصيد تسمية للمفعول بالمصدر.
وشرعًا: أخذ غير مقدور عليه من وحش طير أو بر أو حيوان بحر بقصد». شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٩٠).

(٢) أخرجه أبو داود في الصيد (٣/ ١١٠) ح (٢٨٥٧)، والترمذي في الصيد (٤/ ٦٤) ح (١٤٦٤) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، وابن ماجه في الصيد (٢/ ١١٧١) ح (٣٢١١)، وأحمد في المسند (٤/ ٢٣٧) ح (١٧٧٤٩).

(٣) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/ ٥٢٧) ح (٥٤٨٨)، ومسلم في الصيد (٣/ ١٥٢٩) ح (١/ ١٩٢٩).

(٤) المغني لابن قدامة (١١/ ٣).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/ ٥١٩) ح (٥٤٧٧)، ومسلم في الصيد (٣/ ١٥٢٩) ح (١/ ١٩٢٩).

مقدور عليه، وممتنع، فلما كان المقـدور عليه يذكى بالسلاح فكذلك الممتنع، ولا خلاف في ذلك[١].

فصل

وما مات بقتل السهم له جاز أكله لقوله: «كُل ما ردت عليك قوسك»[٢] وقوله لأبي ثعلبة: «ذكيًا وغير ذكي»[٣]، ولأن إرسال السهم كمباشر الذابح الذبح.

فصل

ما قتل بالمعراض[٤] أكل إن كان بحده، ولا يؤكل إن كان بعـرضه، لقوله في حديث عدى: «إذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله تعالى فـخرق فكُل وإن أصاب بعرضه فلا تأكل»[٥]، والمعراض: خشبـة غليظة في رأسها كالزج يلقيها الفـارس على الصيد، فربما أصابته الحـديدة فجرحته وأسالت دمـه، فهذا يجوز أكله لأنه حينئـذ كالسيف والرمح، وربما أصابته الخشبـة فترضه أو تشدخه[٦] فيكون حينئذ وقيـذًا كالمرمى بالبندقة والحجر، فلا يجـوز أكله إلا أن يدرك ولم تنفذ مقـاتله فيذكى فـإنه يؤكل، وإن بلغ إلى حيث لا ترجى له حياة لم تعمل الذكاة فيه.

فصل

لا يؤكل ما قتلته الحـبالة وهي الشَرَك لأنه مقتول بغير ذكاة سـهم لأن الحبالة: أحبل تكون فيه مناجل توضع للصيد عند الماء، فـإذا وردت علقت به فاضطرب، فربما أصابته المناجل التي فيها فلا يؤكل لأنه حينئذ مقدور عليه فذكاته بالذبح دون العقر[٧].

---

(١) المغنى لابن قدامة (١١/ ٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال القاضي عياض في «مشارقه»: المعراض: خشبة محددة الطرف، وقيل: فيه حديدة، وقيل: سهم بلا ريش. المطلع (ص ٣٨٥).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) الشدخ: الكسر في كل رطب وقيل يابس. القاموس المحيط (١/ ٢٦٢).

(٧) الكافي لابن عبد البر (١/ ٤٣٢).

فصل

لا يؤكل ما قتله السهم المسموم وعلَّله مـالك رحمه الله بعلتين: إحداهما أنه لا يعلم هل قتله السهم أم السم، والأخرى أن الخوف على من يأكله[1].

فصل

وإمـا الجوارح فكل جـارح فَقَه التعليـم من أى الجوارح كـان من الكلاب والفهـود والبزاة[2] والصقور والشواهين[3] وغيرها إذا كـان معلَّمًا، فصيـده جائز خلافًا لمن ذهب إلى أنه لا يؤكل إلا صيد الكلاب دون البزاة وغيرها[4]، ولمن ذهب إلى أنه لا يؤكل ما صاده الكلب الأسود[5]، لقوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجـوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله﴾ [المائدة:٤] يريد مـصرين، إلى قوله تـعالى: ﴿فكلوا مما أمـسكـن عليكم﴾ [المائدة:٤] فعم، وقوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكُل»[6] ولـم يفرق بين البهيم وغيره، وقوله فى حديث عدى بن حاتم: «ما علمت من كلب أو بازٍ ثم أرسلته، وذكرت اسم الله فكُل مما أمسك عليك»[7]، ولأنه جارح يفقه التعليم فجاز الاصطياد به كالكلب الذى ليس ببهيم.

فصل

وإنما اشتراطنا أن تكون معلمة للظواهر والأخبار[8]، وصفة التعليم أن يطيعه إذا نبهه ويستـرسل إذا أرسله ويسارع إذا أمره وينزجر إذا زجـره، ويتكرر ذلك منه تكريرًا يعلم معه فى العادة أنه قد فقه التعليم ولا حدَّ فى ذلك سوى ما ذكرناه.

---

(١) الكافى لابن عبد البر (١/ ٤٣٢).

(٢) البزاة: جمع بازى وهو ضرب من الصقور. القاموس المحيط (٤/ ٣٠٣).

(٣) الشواهين: جمع شاهين وهو طائر من الجوارح، انظر القاموس المحيط (٤/ ٢٤١).

(٤) حكى ذلك عن ابن عمر ومجاهد، انظر المغنى (١١/ ١٠).

(٥) هذا عند الحنابلـة، انظر المحـرر لمجد الديـن بن تيمـيـة (٢/ ١٩٤)، شـرح منتـهى الإرادات (٣/ ٤١٥).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) يقصد بها المصنف ظواهر الآيات والأحاديث التى سبق وأن ذكرها.

فصل

وليس من شرطه ترك الأكل خلافًا لأبي حنيفة[١] والشافعي[٢]، لقوله: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة:٤]، ولم يفرق، وفي حديث أبي ثعلبة: «وإن أكل فكُل»[٣]، ولأنه قتل إذا لم يتعقبه أكل كان ذكاة، فكذلك إن تعقبه كالذبح، ولأنه أداة في تذكية الصيد، فإذا أنفذ عقره مقاتله لم يضره ما طرأ بعد ذلك، أصله السهم، ولأنه جارح أبيح صيده كالبازي، ولأنه لو بادر بأخذه من فم الكلب عقيب قتله لجاز أكله، ولو كان ترك الأكل من[٤] شرط التعليم لم يجز ذلك دون أن يتوقف لينظر هل يأكل أم لا.

فصل

لا خلاف أنه إذا أثر فيه بتخليب أو تنبيت جاز أكله لأن عقره ذكاة له، وإن أمسكه أو ضمه ولم يؤثر فيه فلا يجوز أكله، لأن ذلك ليس بقتل له، فأما إذا صدمه أو نطحه، فمات منه من غير جرح فعند ابن القاسم لا يؤكل وهو قول أبي حنيفة[٥]، وعن أشهب يؤكل وهو أحد قولي الشافعي[٦].

فوجه قول ابن القاسم: أنه آلة للاصطياد، فإذا قتل الصيد بصادم أو غيره، مما ليس بجرح لم يؤكل كالسهم، ولأنه حصل مقتولاً بغير جرح كما لو ضربه بالعصى، ووجه قول أشهب قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة:٤] يريد قتلن بإرسالكم ولم يفرق، وكذلك الخبر، ولأنه حصل مقتولاً بجارح مرسل عليه كما لو جرحه.

---

(١) قال الموصلي: (وتعليم ذي الناب كالكلب ونحوه ترك الأكل)، الاختيار (٤/٤٦)، الهداية للمرغيناني (٤/٤٥٥).

(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤/٢٧٥)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٥/٢٤٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت في (أ). (دون).

(٥) قال في الهداية: (وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية وهذا يدلك على أنه لايحل بالكسر)، انظر الهداية للمرغيناني (٤/٤٥٩)، الاختيار للموصلي (٤/٤٦).

(٦) انظر روضة الطالبين (٣/٢٥٢)، مغني المحتاج (٤/٢٧٦).

فصل

إذا أدرك الصيد والجوارح تنهشه وتجرحه ولم تنفذ مقاتله وقدر على تخليصه منها فلا يأكله إلا بأن يذكيه، لأنه صار مقدوراً عليه قبل أن تكون ذكاته العقر، وإن لم يقدر أن يذكيه حتى مات بجرحها جاز أكله، لأن فوات نفسه حصل قبل القدرة عليه، وكذلك إن خلصه جريحًا، فمات فى الفور قبل أن يتمكن من تذكيته، فإن أكله جائز خلافًا لأبى حنيفة[1]، لقوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكُل وإن قتل»[2]، ولأن الجارح عقره قبل القدرة على تذكيته، فكان كما لو مات فى يديه قبل القدرة على تخليصه، وإن خلصه من الجارح قبل فوات نفسه أو نفاذ مقاتله، فتركه حتى مات فلا يؤكل لتفريطه فى تذكيته، وكذلك لو تشاغل بإخراج سكين يذبحه بها.

فأما إذا أدركه فى أفواه الجوارح، وقد أنفذت مقاتله فأكله جائز، لأن ذكاته قد تمت بقتلها له فليس بمحتاج إلى تذكية أخرى، وكذلك القول فيه إذا وجد والسهم فيه أنه إن كان السهم قد أنفذ مقاتله، فالذكاة قد تمت وإن كان لم ينفذ مقاتله لم يؤكل إلا بذكاة، فإن تركه حتى مات لم يؤكل لأنه قدر على تذكيته كأخذه من فم الجارح قبل إنفاذ مقاتله سواء.

فصل

وليس من شرط تذكيته أن يعقره الجارح أو السهم، بحيث يشاهده، بل يؤكل إذا قتله غائبًا عن رؤيته ما لم يحصل منه تفريط فى طلبه إذا غاب، فرأى فيه أثر كلبه أو سهمه، وسواء توارى عنه بعد أن رأى الجارح علق به أو قبل ذلك، خلافًا للشافعى فى أحد قوليه: إنه إذا قتله غائبًا عنه بعد أن رآه قد علق به فلا يؤكل، وفى أحد قوليه: إنه إذا كان قبل مشاهدته متشبثًا به فلا يؤكل[3]، لقوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل»[4]، ولأن فى اعتبار مشاهدته عقره تكليف ومشقة تؤدى إلى سد باب جواز أكل الصيد إذا صاده الجارح لأن الغزال أو الطائر لا يملك عدوه وسرعة

---

(١) الهداية للمرغينانى (٤/٤٥٨)، الاختيار للموصلى (٤/٤٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (٤/ ٢٧٧)، روضة الطالبين (٣/ ٢٥٢).

(٤) تقدم تخريجه.

طيرانه واختباره فى المكامن[1] والغياض[2] والكهوف والمواضع التى لا يصل إليها إلا الجارح بحيلولة الحوائل، ولأنه إذا رآه وفيه سهمه أو بالقرب منه جارحه فالظاهر منه أنه ليس به إلا عقر ما أرسله عليه، فجاز أكله، ويفارق الميت لأن هوام الليل تنتشر فيه فلا يؤمن مشاركتها فيه.

فصل

إذا بات الجارح عنه والصيد ثم وجده من الغد مقتولاً لم يأكله، واختلف فى السهم، فقيل: إنه كالجارح، وقيل بخلافه، فأما منع ذلك فى الجارح، فلما روى أنه ﷺ قال: «فإن بات عنك فلا تأكله، لا تدرى لعل كلبًا غير كلبك قتله»[3]، ولأن الليل مخالف للنهار لأن الهوام تظهر فيه وتنتشر فيجوز أن تكون أعانت على قتله، وأما السهم فإذا قلنا: إنه لا يؤكل الصيد إن بات عنه، فلما روى أن رجلاً أهدى إلى رسول الله ﷺ ظبيًا، فقال: إنى رميته يا رسول الله، ثم اتبعته من الغد فوجدت سهى فيه أعرفه، فقال ﷺ: «لا آكله، لا أدرى أهوام الأرض قتلته، ولو أعلم أن سهمك قتله لأكلته»[4]، وفى حديث آخر: «لو أعلم أنه لم يعين على حتفه دواب المغار لأمرتك بأكله»[5]، وهذا نص وتعليل.

وإذا قلنا: يؤكل، فلما روى سعيد بن جبير عن عدى بن حاتم قال: يا رسول الله، إنى أرمى الصيد فأطلبه فلا أجده إلا بعد ثلاثة، فقال: إذا وجدت أثر سهك ولم يؤكل منه السبع فكله»[6]، والفرق بين السهم والكلب أن السهم يوجد فى موضع الإصابة، فإذا لم ير هناك أثراً لغيره علم أن سهمه قتله، وليس كذلك الجارح، لأنه ليس لجرحه علامة يعرفه بها، فلا يأمن أن يكون قتله بغير جرحه.

---

(١) جمع مكمن: هو من باب الاستخفاء وهو المكان الخفى، انظر القاموس المحيط (٤/ ٢٦٣).

(٢) جمع غيضة وهو مجمع الشجر فى مفيض ماء، القاموس المحيط (٢/ ٣٣٩).

(٣) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى عبد الرزاق فى مصنفه وقال: ابن أبى المخارق واه، انظر نصب الراية (٤/ ٣١٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) عن ابن عباس أنه قال: (كُلْ ما أصميت، ودع ما أنميت)، أخرجه البيهقى فى الكبرى فى الصيد والذبائح (٩/ ٤٠٤)، ح (١٨٩٠١).

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

إذا سقط الصيد في الماء أو وقع من أعلى جبل وقد جرحه السهم أو الكلب، فإن كان لم ينفذ مقاتله فلا يأكله لأنه لا يتيقن أن موته بجرح السهم أو الكلب لإمكان أن يكون موته بالتردى أو بالماء، وإن كان قد أنفذ مقاتله جاز أكله لأن التردى والغرق كانا بعد تمام الذكاة، وإذا تمت الذكاة لم يؤثر فيها ما طرأ بعدها، وكذلك الذبيحة مثل الصيد سواء.

وإذا أرسل كلبه على صيد بشركة كلب آخر نظر، فإن كان لصائد مسلم قد أرسله على شرائطه الجائزة كان الصيد بينهما لأنه لا مزية لأحدهما عن الآخر، فلا يكون أولى به منه إلا أن يعلم أن الأول أنفذ مقاتله قبل وصول الثانى إليه، فيكون أولى به، لأن الذكاة تمت به دون الثانى وهذا إذا كان الآخر أرسله على ذلك الصيد أو أرسله إرسالاً مطلقًا، فأما إن أرسله على غيره، فعدل إليه أو كان كلبًا مسترسلاً بنفسه أو لمجوسى فينظر، فإن أصابه بعد إنفاذ الأول مقاتله فهو ذكى بالأول ولا يضره الثانى كالتردى من جبل بعد الذكاة، وإن كان ذلك قبل إنفاذ المقاتل أو لم يعلم لم يؤكل خلافًا للشافعى فى إجازته أكل ما شورك فيه على كل وجه[1]، لقوله ﷺ فى حديث عدى: «وإن شاركه كلب آخر فلا تأكله»[2]، ولأنه نوع من التذكية فمشاركته من لا تؤكل تذكيته لو انفرد يمنع الأكل، أصله الذبح إذا اشترك فيه المسلم والمجوسى.

فصل

لا يؤكل ما استرسل عليه الكلب بغير إرسال لأن الإرسال شرط فى جواز الأكل بدليل قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة:٤]، ولا يكون ممسكًا علينا إلا بأن نرسله، وقوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل»[3]، ولأن من شرط الذكاة النية فإرسال الصائد كَنِية الذابح، ولأن التعليم شرط فلو لم يكن الإرسال شرطًا لم يكن للتعليم فائدة، ولأن الجارح آلة كالسهم.

(١) انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٥٠)، مغنى المحتاج (٤/٢٦٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

فصل

ويسمى الله عـز وجل عند الإرسال لقـوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم وسـميت فكل»[١]، ولأن العقر أحد نوعى الذكاة كالذبح.

فصل

إذا صاد صـيدًا ثم فلت: فصـاده غيره، فإن كـان عن قرب كاليـومين والثلاثة فـهو للمالـك الأول، وإن كان بعد طول زمـان ولحوق بالوحش فـهو لمن صـاده خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافـعى فى قولهـما: إنه للأول علـى كل حال[٣]، لأن الثانى صـاده ممتنعًا مخـتلطًا بالوحش على صفة مـا هى عليه من الإباحـة، فكان له أصله الأول، ولأن ما أصله الإباحة إذا ملك ثم عاد إلى ما كـان عليه كان للذى ملكه ثانيًا، أصله الماء فى نهر إذا أخذ منه إنسان ثم انصب من يده إلى النهر.

***

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٦٠).

(٣) انظر روضة الطالبين (٣/ ٢٥٦).

١٢
كتاب الذبائح [(١)]

شرط الذكاة[(٢)] بالذبح قطع الحلقوم[(٣)]، والودجين[(٤)]، فإن بقى شيء منها لم تتم الذكاة، والأصل فيه قوله ﷺ: «ما أفرى الأوداج وذكر اسم الله عليه فكل»[(٥)]، وقوله: «الذكاة فى الحلق واللبة»[(٦)] ولأن الذبح ما لم يكمل فى هذه المواقع جاز أن تعيش معه.

فصل

ومن شرطها أن يكون ذلك فى قطع واحد، فإن قطع البعض، ثم رفع يده ثم أعادها فتممه لم تؤكل لأنا لا نأمن أن يكون التلف كان عن الأول، ولأنه إذا رفع يده صار لكل قطع حكم نفسه كما لو تراخى فى القطعين.

فصل

وينبغى أن يتركها حتى تبرد لأنه ﷺ كذلك فعل لما نحر الهدايا تركها حتى بردت ثم قال: «من شاء اقتطع»[(٧)]، ولأن ذلك أخف عليها وأقل لإيلامها، وإن تمادى حتى قطع

(١) الذبح فى اللغة: هو الفتق والشق والنحر والحتف، القاموس المحيط (١/ ٢٢٠). وفى الشرع: (لقب لما يحرم بعض أفراده من الحيوان لعدم ذكاته أو سلبها عنه وما يباح بها مقدوراً عليه)، شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٩٤).

(٢) هى نحر وذبح وفعل ما يعجل الموت بنية فى الجميع، شرح حدود ابن عرفة (١/ ١٩٩).

(٣) يقال حلقمه أى: قطع حلقه. القاموس المحيط (٤/ ١٠٠).

(٤) الودجين مثنى ودج وهو عرق فى العنق، القاموس المحيط (١/ ٢١١).

(٥) الحديث عند البخارى ومسلم بلفظ (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا)، أخرجه البخارى فى الذبائح والصيد (٩/ ٥٩٠) ح (٥٥٤٣) ومسلم فى الأضاحى (٣/ ١٥٥٨) ح (٢٠/ ١٩٦٨).

(٦) ذكره البخارى فى الذبائح (٩/ ٥٥٦) باب (٢٤) معلقاً، والترمذى فى الأطعمة (٤/ ٧٥) ح (١٤٨١) قال أبو عيسى: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث حماد بن سلمة.

(٧) أخرجه أحمد فى المسند (٤/ ٤٢٧) ح (١٩٠٩٩)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٢٢١) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبى.

الرأس أو زلت السكين بحدتها فأبانه، لم يحرمها لأن شرائط الذكاة قد حصلت.

فصل

الذكاة لا تخرج عن الحلق واللبة، فالنحر فى الإبل والذبح فى الغنم والبقر، فإن نحرت البقر من غير ضرورة جاز أكلها، وإنما قلنا ذلك لورود السنة به واتصال العمل من المسلمين فى كل الأعصار به، أما الإبل فإن رسول الله ﷺ نحرها[١]، ولا يحفظ عن أحد فيها الذبح.

وأما الغنم فإنه ﷺ ذبحها[٢] ولم يرو عن أحد أنه نحرها. وأما البقر، فإن المستحب فيها الذبح لقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾ [البقرة:٦٧]، وإن نحرت جاز لما روى أنه ﷺ نحر عن نسائه البقر[٣]، وقيل: إن الفرق بين الإبل والغنم أن عنق البعير طويل، فيبعد خروج الدم من الجوف إلى موضع الذبح منه فيكون فى ذلك تعذيبه، وزيادة ألم فى خروج روحه، والنحر أسهل وأخف لأنه فى آخر العنق فيكون متوسط بين الرأس وباقى البدن.

وأما الشاة، فإن عنقها قصير ولا لبة لها، فلا يتمكن من نحرها إلا بما يقرب من جوفها، فكان الوجه فيها الذبح، فإذا ثبت هذا فإن ذُبِح بعير أو نُحِرت شاة: فإن كان لضرورة جاز أكلها مثل أن تقع فى بئر أو مضيق لا يوصل منه إلى موضع الذبح من الشاة أو النحر من البعير أو ما أشبه ذلك.

وإنما أجزنا لقوله ﷺ: «إنما الذكاة فى الحلق واللبة»[٤] فأطلق، ولأنه من الأنعام فجاز أن يستباح بالذبح أو النحر، فإن كان من غير ضرورة فاختلف فيه على وجهين: أحدهما: أنه لا يؤكل تحريمًا، والآخر: أنه يكره ولا يحرم، وزاد ابن بكير وجهًا ثالثًا وهو أنه قال: يؤكل البعير إذا ذبح ولا تؤكل الشاة إذا نحرت، فوجه التحريم هو أن من ذبح بعيرًا أو نحر شاة، فقد أتى بالذكاة على خلاف الوجه المأمور به فى الشرع فأشبه من ذبح من القفا أو أبقى شيئًا من الأوداج.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخارى فى الأضاحى (١٠/٧) ح (٥٥٤٨)، ومسلم فى الحج (٢/٨٧٣) ح (١٢١١/١١٩).

(٤) تقدم تخريجه.

ووجه الكراهة هو أن ذلك جائز مع الضرورة، فلولا أنه يكون ذكاة مع عدمها على وجه، وإلا لم يجز كالطعن فى الفخذ، وأما ابن بكير فإنه فصل بينهما بأن قال: إن البعير له موضع الذبح، وإنما عُدل إلى النحر لأنه أقل لتعذيبه والشاة لا منحر لها لأن موضع لبتها يقرب من خاصرتها، فيكون كالطاعن فى جوفها، وهذا تلزم عليه الضرورة.

فصل

إذا ذكيت البهيمة فخرج من جوفها جنين ميت كامل الخلق نابت الشعر كان ذكيًا بذكاتها خلافًا لأبى حنيفة فى منعه أكله[1] لقوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[2]، ولأن التذكية فى الشرع بحسب القدرة والتمكين وتذكية الجنين لا يوصل إليها إلا بأن تذكى أمه فيذكى بذكاتها، ولأن الجنين المتصل بأمه تابع لها فى كل الأحكام الثابتة لها، وكذلك فى الذكاة، ولأن ما امتنع مفردًا من المأكول يذكى بذكاة أصله على وجه كسائر الأعضاء.

فصل

وإنما شرطنا نبات الشعر خلافًا للشافعى[3]، لأن ذلك علامة نفخ الروح فيه لأن الروح لا يكون إلا فيما قد تم خلقه، فأما ما لم ينزل ميتًا فإن ذكاة الأم لا تؤثر فيه وفى بعض الحديث: «ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا أشعر»[4].

فصل

حرم الله تعالى الميتة وما فى معناها من المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع، واستثنى تعالى من التحريم ما ذكى، فدل على أن ما يذكى بعد حصول هذه

---

(١) قال المرغينانى: (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا تم خلقه أكل، الهداية (٤/٣٩٨)، الاختيار للموصلى (٤/٥٨).

(٢) أخرجه الترمذى فى الأطعمة (٤/٧٢) ح (١٤٧٦)، وأبو داود فى الضحايا (٣/١٠٣) ح (٢٨٢٨)، وابن ماجه فى الذبائح (٢/١٠٦٧) ح (٣١٩٩)، وأحمد فى المسند (٣/٣٨) ح (١١٢٦٦).

(٣) مغنى المحتاج (٤/٣٠٦)، روضة الطالبين (٣/٢٧٩)،

(٤) تقدم تخريجه.

الأشياء فإنه يؤكل، والمنخنقة: ما تخنق بحبل أو ما فى معناها، والموقوذة: التى تضرب بالخشب حتى تموت، والمتردية: التى تسقط من مكان عَلِىّ فتتلف، والنطيحة: ما نطحها ذات القرن فتتلف أو تقارب التلف، وما أكل السبع: هو ما فرسه وهذا كله إذا أصابه ما ذكرناه فلا يخلو من ثلاثة أحوال.

إما أن تخرج روحه معه فيلحق بالميتة، لأن الميتة المحرمة هى ما تلف حتف أنفه مما يحتاج إلى ذكاة أو بوجه ليس بذكاة مثل ذبح المجوسى أو بغير آلة الذبح وكل هذا موجود فى مسألتنا.

وإنما قلنا: إن ذلك كله ميتة لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة:٣]، وقال ﷺ: «والذكاة فى الحلق واللبة»[1]، فانتفى أن تكون ذكاة سواها، وقال: «ما أفرى الأوداج وذكر اسم الله عليه فكُل»[2]، وهذا معدوم فى مسألتنا.

والثانية: أن يصيبها من ذلك ما ينحتها ولا يصيب منها مقتلاً، ويمكن أن تبقى معه غالبًا سواء انتقض منها بعض البنية أو لم ينتقض، وذلك مثل أن يلحقها مرض أو كسر يد أو رِجْل أو ما أشبهه، فهذه تذكى وتؤكل، وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة:٣]، فاستثنى ما استدركت تذكيته من التحريم، ولأن أشد ما فى بابها أن تكون مريضة مثخنة، وذلك لا يمنع تذكيتها ما لم تبلغ حال النزع.

والثالثة: أن يصيبها من ذلك ما لا تعيش معه مثل أن تنفذ مقاتلها أو يخرج السبع حشوتها أو يرض دماغها أو ما أشبه ذلك مما لا يجوز أن تبقى معه، إما قطعًا أو غالبًا، فهذه لا تصح تذكيتها، والأصل فيه أن الذكاة تعمل فى الحى دون الميت، وما هو فى حكم الميت لا تعمل فيه، وهذه فى حكم الميت لأن الحركة الباقية فيها مستعارة كحركة المذبوحة، فلا تصح تذكيتها.

فصل

إذا وقع البعير أو البقر أو الشاة فى بئر ولم يقدر على إخراجه ولا على تذكيته فى حلقه أو لبته لم يؤكل بعقره فى موضع من بدنه خلافًا لأبى حنيفة[3] والشافعى[4]، لأنه

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الاختيار للموصلى (٤/ ٥٣)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٩٨).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٢٣٧)، حاشية الجمل مع شرح المنهج (٥/ ٢٤١).

مما ذكاته النحر أو الذبح فلم يزل عن ذلك باختلاف حالاته، أصله إذا هرب من يده، واحتاج إلى أخذه أو صعب عليه، وكان وحده ولم يتمكن أن يعقله لينحره، ولأن أكثر ما فى بابه أن يخاف عليه التلف متى تركه، وذلك لا يبيح استعجال تذكيته على غير وجهها المأذون فيه مع القدرة عليه، أصله إذا أخذها سبع ولم يعقرها، وخاف إن بقيت معه أن يعقرها، فبادر برميها فإنها لا تؤكل.

فصل

الحيوان المتأنس كبهيمة الأنعام إذا توحش شيء منه ولحق بالوحش لم يؤكل إلا بذكاة المتأنس خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، وقوله ﷺ: «الذكاة فى الحلق واللبة»[3]، وأشار إلى جملة الذكاة، ولأن توحشه لم ينقله عن أحكام المتأنس من سقوط الجزاء عن المحرم قتله، وجوازه فى الضحايا والهدايا والعقيقة، فكذلك فى الذكاة، فنقول: لأن الذكاة فى الحلق واللبة من حكم المتأنس فلم يزل عنه بالتوحش، أصله ما ذكرناه.

فصل

لا تؤكل الإنسية بما يؤكل به الصيد من إرسال السهام والجوارح سواء كان مما أصله التأنس كالأنعام والدجاج والفراخ أو مما أصله التوحش كالغزلان والأرانب ثم تأنس، وزال عنه الاستيحاش لأنه مقدور عليه، فلا يكون ذكاته العقر، وأما المتأنس طبعًا فقد بيّنا أن ذلك لا يبيحها، وإذا توحشت، فما دامت لم تتوحش فهى عن ذلك أبعد.

فصل

ومن ضرب عنق بعير فلا يأكله لأن ذلك قتل وليس بذكاة، لأن الذكاة فى الحلق واللبة، وهذا لم يذكه فى حلقه ولا لبته.

فصل

يستحب للذابح أن يوجه ذبيحته إلى القِبْلة، لأن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك[4]،

---

(١) قال المرغينانى: (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح)، الهداية (٣٩٨/٤)، الاختيار للموصلى (٥٣/٤).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٢٤٠)، مغنى المحتاج (٢٦٨/٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الحافظ البيهقى: روينا فى حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال: ذبح النبى ﷺ =

ولأنه إذا لم يكن بد من جهة يتوجه إليها كانت جهة القِبْلة أولى.

فصل

والتسمية مسنونة لأمره ﷺ بها في الصيد[١]، ولا فرق بين ذلك وبين الذبح، ولأنه ﷺ سمَّى حين ذبح أضحيته[٢]، فإن تركها ناسيًا جاز لأن ترك السنن ناسيًا لا يبطل العبادة، وإن تعمد تركها قال مالك: لا تؤكل[٣]، فمن أصحابنا من حمله على التحريم تغليظًا لئلا يستخف بالسنن، ومنهم من قال: هي شرط بالذكر ساقطة بالنسيان، ومنهم من حمله على الكراهة[٤] لقوله ﷺ: «الذكاة في الحلق واللبة»[٥]، ولم يذكر التسمية، ولأنه قول باللسان فلم يكن شرطًا في إباحة الذبيحة كالصلاة على النبي ﷺ.

فصل

وينبغي للذابح أن يحد شفرته ويريح ذبيحته لورود الخبر بذلك[٦]، ولقوله ﷺ: «إذا قتلتم فأحسنوا القتلة»[٧]، وهذا من إحسانها.

= كبشين أقرنين أملحين يوم العيد فلما وجههما قال: وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفًا، ثم قال في رواية أخرى: وجههما إلى القبلة حين ذبح، انظر السنن الكبرى كتاب الضحايا (٩/٤٧٩).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الأضاحي (١٠/ ٢٥) ح (٥٥٦٥)، ومسلم في الأضاحي (٣/١٥٥٦) (١٩٦٦/١٧).

(٣) انظر الكافي لابن عبد البر (١/٤٢٨).

(٤) الكافي لابن عبد البر (١/٤٢٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه مسلم في الصيد (٣/١٥٤٨) ح (٥٧/١٩٥٥)، وأبو داود في الضحايا (٣/ ١٠٠) ح (٢٨١٥)، والترمذي في الديات (٤/ ٢٣) ح (١٤٠٩)، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي في الضحايا (٧/ ١٩٩) باب (الأمر بإحداد الشفرة)، وابن ماجه في الذبائح (٢/١٠٥٨) (٣١٧٠)، وأحمد في المسند (٤/ ١٥٢) ح (١٧١١٧).

(٧) تقدم تخريجه.

باب الأطعمة [1]

صيد البحر كله حلال غير محتاج إلى ذكاة يجوز أكله ميتًا وبغير سبب طفا أو لم يطف على أى وجه تلف صاده مسلم أو مجوسى خلافًا لأبى حنيفة فى اعتباره أن يموت بسبب[2]، لقوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾ [المائدة:٩٦]، ففرق بين الصيد والطعام، فدل أن الطعام ما مات بنفسه، وقوله ﷺ: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[3]، وفى حديث جابر: أن أبا عبيدة أصاب حوتًا ميتًا فأكل أهل الجيش منه ثمان عشرة ليلة ثم أعلموا النبى ﷺ فقال: «إنما هى طعمة أطعمكموها الله فهل معكم منها شىء»[4]، واعتبارًا بتلفه عن سبب بعلة أنه من صيد البحر.

فصل

لا فصل بين ما له شبه فى البر وبين ما لا شبه له فى جواز أكله مثل كلب الماء وخنزيره وغير ذلك من أنواع صوره، خلافًا للشافعى[5]، لعموم الظواهر، ولأنه من صيد البحر كالذى لا شبهة له.

(١) الأطعمة جمع طعام. قال الجوهرى: الطعام ما يؤكل وربما خُصَّ به البر. والأطعمة: جمع قلة، لكنه بتعريفه بالألف واللام أفاد العموم، المطلع (ص/ ٣٨٠).

(٢) الاختيار للموصلى (٤/ ٦٢)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٠٢).

(٣) أخرجه أبو داود فى الطهارة (١/ ٢١) ح (٨٣)، والترمذى فى الطهارة (١/ ١٠٠ ـ ١٠١) ح (٦٩)، والنسائى فى الطهارة (١/ ٤٤) باب (ماء البحر)، وابن ماجه فى الطهارة (١/ ١٣٦) ح (٣٨٦) ومالك فى الموطأ (١/ ٢٢) ح (١٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ١١٥) ح (٤/ ٢٩) ، ومسلم فى الحج (٢/ ٨٥٢) ح (١١٩٦/٥٧).

(٥) قال الخطيب الشربينى: (ويحل غير السمك مما ليس على صورته المشهورة كخنزير الماء وكلبه حلال فى الأصح المنصوص لإطلاق الآية والحديث وقيل: لا يحل لأنه لا يسمى سمكًا)، مغنى المحتاج (٤/ ٢٩٨)، روضة الطالبين (٣/ ٢٧٤).

فصل

يؤكل الطير كله ما له مخلب وما لا مخلب له، خلافًا لأبي حنيفة[(١)] والشافعي[(٢)]، لقوله عز وجل: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلي محرمًا على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة﴾ [الأنعام:١٤٥] الآية، وقوله: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة:٢] ولأنه ممنوع من الطير فأشبه سائرها.

فصل

يكره أكل سباع الوحش من غير تحريم خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إن جميعها حرام[(٣)]، والشافعي في قوله: حل الضبع والثعلب دون غيرهما[(٤)] لعموم الظواهر، ولقوله ﷺ: «الحلال ما أحله الله في القرآن، والحرام ما حرمه الله في القرآن وما سكت عنه فقد عفا عنه»[(٥)]. ولأن كل حيوان يظهر جلده بذبحه فلا يحرم أكله كسائر الصيود عندنا مع أبي حنيفة لأنه يوافقنا في أن الذكاة تعمل في تطهير أهب جميع السباع، وعلى الشافعي لأنه نوع من السباع لا يكفر مستحله كالضبع والثعلب.

فصل

أكل الحمر الأهلية مغلظة الكراهة عند مالك[(٦)]، ومن أصحابنا من يقول: هو حرام[(٧)] وليس كالخنزير، فوجه مالك قوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلي محرمًا على طاعم يطعمه﴾ [الأنعام:١٤٥] الآية، وقوله ﷺ: «ما سكت عنه فقد عفا عنه»[(٨)]، ولأنه حيوان معد للركوب كالخيل، ووجه التحريم ما روى أنه ﷺ حرم لحوم الحمر

(١) في قوله: إنه لا يحل من الطير ذي مخلب. انظر الاختيار (٤/ ٦٠)، الهداية للمرغيناني (٣٩٩/٤).

(٢) قال الإمام النووي: (ويحرم أكل كل ذي مخلب من الطائر)، روضة الطالبين (٣/ ٢٧١).

(٣) الهداية للمرغيناني (٣٩٩/٤)، الاختيار للموصلي (٤/ ٦٠).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٢٧٢)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٥/ ٢٧١).

(٥) أخرجه الترمذي في اللباس (٤/ ٢٢٠) ح (١٧٢٦)، قال أبو عيسى: هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وابن ماجه في الأطعمة (٢/ ١١١٧) (٣٣٦٧).

(٦) انظر الكافي لابن عبد البر (١/ ٤٣٦).

(٧) الكافي لابن عبد البر (١/ ٤٣٦).

(٨) تقدم تخريجه.

الأهلية[١]، وحكم البغال حكم الحمير.

فصل

فأما الخيل فيكره أكلها خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى فى قولهما: أنه مباح من غير كراهة[٣]، لقوله تعالى: ﴿لتركبوها وزينة﴾ [النحل:٨]، ففرق بينها وبين الأنعام، وأخبر عن المقصود منها وهو الركوب والتجميل بخلاف المقصود من الأنعام، ولأنه ذو حافر، فجاز أن يتعلق المنع بأكله أصله الحمير والبغال، ولا يدخل عليه حمير الوحش [لما قلنا][٤] فجاز، ويمكن أن نحترز بأن نقول متأنس، ولأن الخيل محتاج إليها للجهاد عليها، ففى إباحة أكلها تطريق إلى انقطاع نسلها.

فصل

الجراد عند مالك لا يؤكل إلا إذا مات بسبب[٥]، وقال محمد بن عبد الحكم: يؤكل وإن مات بغير سبب[٦]، فوجه قول مالك: أنه من حيوان البر كسائر الحيوان، ووجه قول محمد قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان فذكر: السمك والجراد»[٧].

فصل

فى جلد الميتة إذا دبغ روايتان: إحداهما أنه نجس وأن الدباغ لا يعمل فى تطهيره

(١) أخرجه البخارى فى الذبائح (٩/ ٥٦٥) (٥٥٢٠)، ومسلم فى الصيد (٣/ ١٥٤١) ح (٣٦/ ١٩٤١).

(٢) ليس هذا ما ذهب إليه الإمام الأعظم أبو حنيفة. ولكنه قول أبى يوسف ومحمد: قال فى الهداية: (ويكره لحم الفرس عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله: لا بأس بأكله)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٠٠). وذكر الموصلى أن أبا حنيفة يرى عدم حلها، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٦٠).

(٣) انظر حاشية الجمل على شرح المنهج (٥/ ٢٧٠)، مغنى المحتاج (٤/ ٢٩٨).

(٤) ثبت فى (أ) (لأنا قلنا).

(٥) انظر المدونة الكبرى (١/ ٤١٩).

(٦) قال ابن عبد البر: (وغير مالك يجيز أكل الجراد كيف ما مات وحكمه عندهم حكم الحيتان)، الكافى (١/ ٤٣٧).

(٧) أخرجه ابن ماجه فى الصيد (٢/ ١٠٧٣) ح (٣٢١٨)، فى الزوائد فى إسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، وهو ضعيف، وأحمد فى المسند (٢/ ١٣٣) ح (٥٧٢٥).

بوجه، والأخرى أنه يطهر بالدباغ وهى مخرجة على رواية ابن عبد الحكم فى جواز بيعه بعد الدباغ إذا بين له وهو قول لابن وهب وأبى حنيفة[١] والشافعى[٢] فوجه الرواية الظاهرة قوله عز وجل: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة:٣]، وقوله ﷺ: «لا تنتفعوا من الميتة بشىء»[٣]، ولأنه جزء من الميتة نجس بالموت، فوجب أن تتأبد نجاسته كاللحم، ولأنه لما نجس بالموت استحال أن يطهر مع بقاء علة تنجسه، ووجه الأخرى قوله ﷺ: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[٤]، وسائر الأخبار الواردة فى الدباغ، ولأنها نجاسة طرأت على جلده تعمل الذكاة فى لحمه فوجب أن يطهر بالدباغ كجلد المذكى.

فصل

يجوز استعماله فى اليابسات دون المائعات، خلافًا لأحمد بن حنبل[٥] لأن الأخبار تدل على ضرب من الإباحة، وقد ثبت أنه ليس المراد بها الطهارة، فلم يبق إلا نوع من الانتفاع، وإنما خصصنا اليابس لأنه لايصل إليه شىء من النجاسة بخلاف الرطب.

فصل

على الرواية الأخرى لا يطهر جلد الخنزير بحال خلافًا لأبى يوسف[٦] وداود[٧] للظواهر، ولأن الدباغ يخلف الذكاة فيما تأتى الذكاة فيه ويمتنع فيما لا ذكاة فيه.

---

(١) الاختيار للموصلى (١/ ٢٢)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٢١).

(٢) انظر حاشية الجمل على شرح المنهج (١/ ١٨١)، روضة الطالبين (١/ ٤٢).

(٣) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٦٦) ح (٤١٢٧)، والنسائى فى الفرع والعتيرة (٧/ ١٥٥) باب (ما يدبغ به جلود الميتة)، وابن ماجه فى اللباس (٢/ ١١٩٤) ح (٣٦١٣)، والترمذى فى اللباس (٤/ ٢٢٢) (١٧٢٩)، قال: حديث حسن صحيح.

(٤) أخرجه مسلم فى الحيض (١/ ٢٧٧) ح (١٠٥/ ٣٦٦)، وأبو داود فى اللباس (٤/ ٦٥) ح (٤١٢٣)، والترمذى فى اللباس (٤/ ٢٢١) ح (١٧٢٨)، والنسائى فى الفرع (٧/ ١٥٣) باب (جلود الميتة)، وابن ماجه فى اللباس (٢/ ١١٩٣) ح (٣٦٠٩)، وأحمد فى المسند (١/ ٢٨٨) ح (١٩٠٠).

(٥) وذلك إحدى الروايتين عن الإمام الأولى بعدم الجواز. والثانية بالجواز، انظر المغنى (١/ ٥٧)، الشرح الكبير (١/ ٦٥).

(٦) الاختيار للموصلى (١/ ٢٢).

(٧) انظر المغنى (١/ ٥٥).

فصل

لا يجوز الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ خلافًا لمن أجاز ذلك لأنه نجس، وإنما شرط الدباغ فى تطهيره أو فى إباحة الانتفاع به، فإن خالفوا فى نجاسته قبل الدباغ دللنا عليه بالظواهر، وأنه جزء من الميتة كانت فيه حياة، فوجب أن ينجس بالموت كاللحم، فإن خالفونا فى إباحة الانتفاع به دللنا عليه بقوله ﷺ: «ما على أهلها لو أخذوا جلدها فدبغوه فانتفعوا به»[1]، وفى حديث عائشة رضى الله عنها: «أنه ﷺ أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت»[2].

فصل

عظم الميتة وقرنها نجس خلافًا لأبى حنيفة[3] لأنه جزء كانت فيه حياة كاللحم، ويدل على أنه كانت فيه حياة قوله تعالى: ﴿قل يحييها الذى أنشأها أول مرة﴾ [يس:٧٩]، ولأن الإدراك يقع به كاللحم.

فصل

شعر الميتة وصوفها طاهر خلافًا للشافعى[4] لقوله تعالى: ﴿ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها﴾ [النحل:٨٠] فعم، وقوله ﷺ: «لا بأس بصوفها إذا غسل بالماء»[5]، ولأنه لا حياة فيه فاستحال أن ينجس بالموت، يبين ذلك أن الإدراك لا يقع به وأن أخذه جائز حال الحياة ولا يكون نجسًا بخلاف اللحم والجلد.

---

(١) أخرجه البخارى فى الذبائح (٩/ ٥٧٤ـ٥٧٥) (٥٥٣١)، ومسلم فى الحيض (١/ ٢٧٦) ح (١٠٠/ ٣٦٣).

(٢) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٦٥) ح (٤١٢٤)، وابن ماجه فى اللباس (٢/ ١١٩٤) (٣٦١٢)، والنسائى فى الفرع (٧/ ١٥٥) باب (الرخصة فى الاستمتاع بجلود الميتة إذا دبغت).

(٣) قال الموصلى: (وشعر الميتة وعظمها طاهر لأن الحياة لا تحلها حتى لا تتألم بقطعهما فلا يحلها الموت وهو المنجس وكذلك العصب والحافر والخف والظلف والقرن والصوف والوبر والريش والسن والمنقار والمخلب)، الاختيار للموصلى (١/ ٢٢)، الهداية للمرغينانى(١/ ٢٢).

(٤) قال النووى: (وأما الشعر والعظم والصوف والوبر والريش فتنجس بالموت على الأظهر وكذا العظم على المذهب)، روضة الطالبين (١/ ٤٣).

(٥) أخرجه الدارقطنى فى سننه (١/ ٤٧) ح (١٩)، وذكره الحافظ الزيلعى وقال: ويوسف متروك، انظر نصب الراية (١/ ١١٨).

فصل

لا فرق بين شعر الخنزير وغيره لأن أكثر ما فى الخنزير أن يكون ميتة.

فصل

يجوز أكل ذبيحة أهل الكتاب، لقوله تعالى: ﴿**وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم**﴾ [المائدة:٥] فعم، ولأن كل جنس جاز نكاح نسائهم جاز أكل ذبائحهم كالمسلمين عكسه المجوس، وإن جاز أكل ذبائحهم جاز أكل سائر أطعمتهم.

فأما إذا خيف منهم استعمال النجاسة كالخمر والخنزير وغير ذلك، فيجب اجتنابها إلا ما نشاهد منها سليمًا من إصابتها إياه.

فصل

طعام المجوس الذى لا يحتاج إلى ذكاة يجوز أكله ولا يؤكل ما ذكوه لقوله تعالى: ﴿**وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم**﴾ [المائدة:٥]، فدل على أن غيرهم بخلافهم، ولأن كل من لا ينكح نساؤهم فلا يؤكل ذبائحهم كالمرتدين والوثنيين عكسهم أهل الكتاب.

فصل

شحوم اليهود المحرمة عليهم مكروهة عند مالك، وليست بمحرمة، وعند ابن القاسم وأشهب أنها حرام، وقيل: إنه مروى عن مالك، وعند أبى حنيفة والشافعى أنها مباحة غير مكروهة[1]، فوجه التحريم أنها ذكاة قصد مذكيها إلى محلل، محرم فى اعتقاده فوجب أن يبيح ما يعتقد تحليله دون ما يعتقد تحريمه، أصله المسلم إذا ذبح الشاة، فإن التذكية تنصرف إلى اللحم دون الدم.

ووجه الإباحة أن اليهودى يعتقد استباحة الشاة وإنما يعتقد تحريم بعض منها واعتقاده ذلك باطل عندنا، فكان كالمسلم يعتقد بالذبح إباحة اللحم دون الشحم، فإذا كان ذلك

---

(١) وهذه المسألة هى المعرفة بأن ما ذكاه أهل الكتاب يعمل فيما حرم عليهم أم لا؟ ومذهب الجمهور أنها عاملة فى كل الذبيحة ما حل له منها وما حرم عليه لأنه مذكى، انظر شرح المهذب للشيخ النووى (٩/ ٧١) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/ ٢٥٤)، تفسير القرطبى (٣/ ٢٠٧٤).

غيـر مؤثر فكذلك هاهنا، ووجه الكراهة أنه لما لـم يقصد اللحم بالتـذكية، فأشـبه الدم الذى لا يقصده المسلم بالتذكية، ولأن الأفضل أن يكون كل ما يؤكل مقصود كاللحم.

فصل

ما ماتت فيه الفأرة من الطعام والشراب القـيت وما حولها إن كان جامداً وأكل باقيه إلا أن يطول مقـامها فيـه فيطرح جميـعه، وأما المائع فيطـرح كله، وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ، وسئل عن فأرة وقعت فى سـمن: «إن كان جامداً فألقوها ومـا حولها، وإن كان مائعًا فأريقوه»[1]، ولأنه إذا كان جامداً لم تتـعد النجاسة موضع وقوعـها، وما جاوره، ولم تسر إلى باقيه، وليس كذلك إذا كان مائعًا لأنها تنتشر فيه وتسرى إلى باقيه، وكذلك إذا طال مقامها فى الجامد ذابت وتفرقت أجزاؤها وانتشرت إلى جميعه.

فصل

المضطر الخائف على نفسه التلف له أن يأكل الميتة للظاهر، والإجماع[2]، وفى قدر ما يؤكل منه روايتان: إحداهما ما يسد به رمقه، والأخرى حتى يشبع.

فوجه الأولى: أن الإباحـة لحفظ النفس، فإذا وجد لم تجز الـزيادة عليه لأنه يخاف التلف اعتباراً [بالشبع][3].

ووجه الثانية: عموم الظاهر، ولأن الضرورة حاصـلة فيما دون التلف كحصولها مع خوفه، فجـاز له أكلها، وله أن يتزود منها احتياطًا واسـتظهاراً لجواز أن يدوم به العدم، فإن استغنى عنها طرحها.

---

(١) أصله عند البـخارى، أخرجـه البخارى فى الذبائح (٩/ ٥٨٥) ح (٥٥٣٨)، ومـالك فى الموطأ (٢/ ٩٧١) ح (٢٠).

(٢) المغنى لابن قدامة (١١/ ٧٣).

(٣) ثبت فى الأصل (بالسبع) ولعل الصواب ما أثبتناه.

باب: الأشربة

الخمر مجمع على تحريمها[1]، وورود القرآن والمتواتر من الأخبار بذلك، ووقوع العلم الضرورى به من دين الأمة مغن عن زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك فالمجمع عليه هو عصير العنب النيئ الذى لم تمسه النار، فأما ما عداه فإن كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام نيئًا كان أو مطبوخًا من أى نوع كان من عنب أو زبيب أو تمر أو رطب أو بسر أو دبس أو عسل أو ذرة أو شعير أو قمح أو أى شىء كان، هذه الجملة يوافقنا فيها الشافعى[2]، ولأبى حنيفة فى ذلك تفصيل يطول شرحه إلا أنه يبيح فى الجملة نبيذ التمر المسكر المطرب إذا شرب منه قدراً لا يبلغ بشاربه السكر[3].

فدليلنا من وجهين: أحدهما: إثباتنا ذلك كله خمراً، والآخر الاستدلال على عين المسألة، فأما إثباتها خمراً فله طريقان: الأخبار والقياس، فالأخبار ما روى النعمان بن بشير: أن رسول الله ﷺ قال: «إن من العنب خمراً، وإن من الزبيب خمراً، وإن من التمر خمراً، وإن من العسل خمراً، وإن من الشعير خمراً وأنهاكم عن كل مسكر»[4]، وروى: أن أبا هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة، والعنبة»[5]، وروى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام وكل مسكر خمر»[6]، وعند المخالف: أن نبيذ التمر لا يكون خمراً على وجه، أسكر أو لم

---

(١) المغنى لابن قدامة (٩/ ٣٢٥).

(٢) روضة الطالبين (١٠/ ١٦٨).

(٣) قال المرغينانى: (وقال فى المختصر: ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أو فى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله)، الهداية (٤/ ٤٤٨)، الاختيار للموصلى (٣/ ٢٨٩).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأشربة (٣/ ٣٢٥) ح (٣٦٧٦)، والترمذى فى الأشربة (٤/ ٢٩٧) ح (١٨٧٢)، وابن ماجه فى الأشربة (٢/ ١١٢١) ح (٣٣٧٩).

(٥) أخرجه مسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٧٣) ح (١٣/ ١٩٨٥)، وأبو داود فى الأشربة (٣/ ٣٢٥) ح (٣٦٧٨)، والترمذى فى الأشربة (٤/ ٢٩٧-٢٩٨) ح (١٨٧٥)، والنسائى فى الأشربة (٨/ ٢٦٢) باب (تأويل قول الله تعالى: ﴿ومن ثمرة النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً﴾، وابن ماجه فى الأشربة (٢/ ١١٢١) ح (٣٣٧٨).

(٦) أخرجه مسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٨٧) ح (٧٣/ ٢٠٠٣)، وأبو داود فى الأشربة (٣/ ٣٢٦) =

يسكر، وفي حديث أنس: أن الخمر لما حرمت قال أبو طلحة: قم إلى هذه الجرار فاكسرها[١]، وكان فيها شراب من بطيخ وتمر، فأما القياس، فلما علمنا أن العرب إنما سمّت الخمر بهذا الاسم لوجود الإسكار والشدة المطربة، ولم يوافقونا على قصر ذلك على جنس ما توجد فيه دون غيره وجب إجراء العلة حيث وجدت، وعلمنا بأنها علة بالطريق الذى به تعلم العلل، وهو وجود الحكم بوجودها وارتفاعه بارتفاعها، لأن العصير ما لم يشتد لا يسمى خمراً، فإذا اشتد سمى بذلك، فإذا زالت الشدة زال الاسم فثبت ما قلناه، فأما الاستدلال على نفس المسألة بالنقل المستفيض روت عائشة رضى الله عنها: أنه ﷺ سئل عن البتع فقال: «كل شراب أسكر فهو حرام»[٢] قال الراوى: البتع هو نبيذ العسل، وروى ابن عمر وأبو موسى قالا: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام»[٣]، وروى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»[٤] وقالت عائشة رضى الله عنها: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «كل مسكر حرام، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام»[٥]، ولأنه إجماع الصحابة[٦]، ولأن عمر رضى الله عنه حد على شراب سأل عنه فقيل: إنه يسكر ولم ينكر عليه أحد، واعتبر السكر دون كونها خمراً لأنه قال: وجدت من فلان ريح شراب زعم أنه الطلاء وإنى سائل عنه، فإن كان يسكر حددته، ولم ينكر عليه أحد[٧]، ولأنه شراب يسكر كثيره، فوجب أن يحرم قليله كالخمر.

= ح (٣٦٧٩)، والترمذى فى الأشربة (٤/ ٢٩٠) ح (١٨٦١)، وابن ماجه فى الأشربة (٢/ ١١٢٣) ح (٣٣٨٦)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٣) ح (٤٦٤٣).

(١) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/ ٤٠) ح (٥٥٨٢)، ومسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٧٢) ح (٩/ ١٩٨٠).

(٢) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/ ٤٤) ح (٥٥٨٥)، ومسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٨٥) ح (٦٧/ ٢٠٠١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه أبو داود فى الأشربة (٣/ ٣٢٦) ح (٣٦٨١)، والترمذى فى الأشربة (٤/ ٢٩٢) ح (١٨٦٥)، وابن ماجه فى الأشربة (٢/ ١١٢٥) ح (٣٣٩٣)، وأحمد فى المسند (٣/ ٤٢١) ح (١٤٧١٥).

(٥) أخرجه أبو داود فى الأشربة (٣/ ٣٢٧ ـ ٣٢٨) ح (٣٦٨٧)، والترمذى فى الأشربة (٤/ ٢٩٣) ح (١٨٦٦).

(٦) انظر المغنى لابن قدامة (١٠/ ٣٢٦).

(٧) ذكره البخارى فى الأشربة (١٠/ ٦٥) معلقًا ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٢) ح (١).

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فعلى شاربه الحد اعتباراً بالخمر ولا يراعى أأسكر القدر الذى شرب منه أو لم يسكر، والحد فيه ثمانون، خلافًا للشافعى فى قوله أربعون[1]، لإجماع الصحابة عليه، وسؤال عمر رضى الله عنه وتعليل علىّ رضى الله عنه: بأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى فيجلد حد المفترى[2]، ولم ينكر عليه ذلك أحد، وروى عن عمر وعثمان وعلى وعبد الرحمن وابن مسعود وابن عباس وأبى موسى[3]، ولأنه ليس فى الأصول حد يقصر عن ثمانين، فكان ما قاله خلافًا للأصول.

فصل

ولا يحل لمسلم أن يتملك خمراً خلافًا لأبى حنيفة[4]، ولا شيئًا من المسكر فمن وجدت عنده أريقت عليه للإجماع على إراقة الخمر، وحديث أبى سلمة أنهم أراقوا ما كان عندهم[5]، ولأنه ﷺ أمر بإراقتها[6]، فأما ظروفها فاختلف أصحابنا فقيل: يكسر جميعها وتشق تأديبًا له وردعًا عن أن يمسكها ثانية، لأنه ﷺ أمر بإراقتها وشق ظروف الخمر التى كانت لليتيم[7]، وقيل: يشق منها ويكسر ما أفسدته الخمر ونجسته مما لا ينتفع به إلا فى الخمر، وما عدا ذلك من الظروف التى إذا غسلت زال عنها الخمر جملة فلا تشق لأنه لا فائدة فى ذلك أكثر من إضاعة المال، وذلك منهى عنه.

فصل

ومن عصى بإمساك الخمر حتى تخللت ولم يرقها جاز له أكلها، ولا خلاف فى

---

(١) قال الإمام النووى: (والحد أربعون جلدة على الحر وعشرون على الرقيق واختار ابن المنذر أنه ثمانون)، انظر روضة الطالبين (١٠/ ١٧١)، مغنى المحتاج (٤/ ١٨٩).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٢) ح (٢).

(٣) أثر عمر تقدم تخريجه، أثر على تقدم تخريجه، أثر عثمان أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٢ ـ ٨٤٣) ح (٣)، والبيهقى فى سننه (٨/ ٥٥١) ح (١٧٥٢٧).

(٤) الاختيار للموصلى (٣/ ٢٨٩).

(٥) لم أجده فى حديث أبى سلمة ـ رضى الله عنه ـ.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

ذلك[١] وإن تعمد تخليلها كره له ذلك وجاز له أكلها، [هذه الرواية الظاهرة، وعنه رواية أخرى أنه لا يجوز أكلها][٢] تغليظًا، وقول الشافعى: أنه لا يجوز أكلها إذا خللت لبقائها على النجاسة، ودليلنا للرواية الظاهرة: أن التنجيس والحظر إنما كان لأجل الشدة فإذا زالت وجب زوالها، لأن الحكم يجب زواله بزوال علته، وإن شئت أن ترده إلى أصل، قلت: كما لو انقلبت بنفسها، ولأنه مائع نجس لوجود معنى لو زال بغير صنع آدمى لظهر، فكذلك يجب أن يزول بفعل الآدمى، أصله الماء إذا تغير من نجاسة ثم زال التغير.

فصل

لا يجوز أن يؤاجر الرجل نفسه ولا داره ولا غلامه ولا دابته فى شىء من عمل الخمر، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك جائز تجب الأجرة فيه[٣] لقوله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة:٢]، وهذا منه لأنه عقد إجارة على شىء محظور فلم يجز، أصله إذا اكترى غلامًا ليتلوط به أو امرأة ليزنى بها.

فصل

إذا ثبت منع ذلك، فإذا أدرك قبل الفوات فسخ العقد، وإن لم يدرك حتى فات أخذت الأجرة فتصدق بها ولم تترك على واحد منهما عقوبة للمستأجر، ولأن عمل المؤاجر لا يستحق عوضًا عليه.

---

(١) ذكره فى المجموع وعزاه إلى المصنف فقال: (ونقل القاضى عبد الوهاب المالكى فيه الإجماع)، المجموع (٢/٥٧٨)، وانظر المغنى (١٠/٣٤٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الكاسانى: (ومن استأجر حمالاً يحمل له الخمر فله الأجر فى قول أبى حنيفة وعندهما يكره لهما أن هذه إجارة على المعصية لأن حمل الخمر معصية لكونه إعانة على المعصية وقد قال تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الأثم والعدوان﴾ ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول إليه ولأبى حنيفة أن نفس الحمل ليس بمعصية بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سببا محضًا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول إن ذلك معصية ويكره أكل أجرته»، بدائع الصنائع (٤/١٩٠).

فصل

يكره شرب الخليطين من التمر والرطب أو الزبيب والعنب أو التمر والبسر[١] أو الزبيب والبسر أو البسر والرطب للنهي عن ذلك، والمعنى فيه: أنه إذا جمع بين نوعين من هذه الأنواع أسرعت الشدة إليها ويطل على جامعها ما أراد من الانتباذ المباح، فإن فعل ذلك أساء وينظر، فإن وجدت الشدة المطربة حرمت وإلا جاز شربه ما لم يسكر وخلطها للنبيذ والخل سواء.

فصل

شرب العصير جائز لا خلاف فيه أعلمه، لأنه غير مسكر ولا مخمر، فهو كأكل العنب، وكذلك العقيد إذا طبخ طبخًا لا يسكر معه، وينبغي أن يطبخ حتى يذهب منه الثلثان لأن ذلك حد لجواز شربه أو أكله، ولكن لا يؤمن منه تبقى فيه قوة الشدة، والعقيد أن يطبخ رب العنب والتمر حتى يذهب أكثره ويثخر ثم يمزج بالماء ويشرب.

فصل

والانتباذ في كل الأوعية جائز إلا الدباء والمزفت لنهيه ﷺ عن الانتباذ فيهما[٢]، والدبُاء القرع، والمزفت المطلى بالزفت والقار كالدنان وغيرها، وإنما كره ذلك، لأن الشدة تسرع إليه، وإن سلم منها فلا بأس بشربه.

فصل

شرب السوبية جائز لأنه لا يسكر، وذكروا أنه شراب يعمل بمصر يشبه الفقاع وليس بمعروف عندنا ببغداد ولا بسائر العراق، وعِلّة المنع السكر، فإذا عدمت جاز شربه. والله أعلم.

* * *

(١) البسر: التمر قبل ارتطابه، القاموس المحيط (١/ ٣٧٢).

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة (٣/ ١٥٧٧) (٣٠/ ١٩٩٢)، وأبو داود في الأشربة (٣/ ٣٣٢) ح (٣٧٠٩).

بسم الله الرحمن الرحيم

١٣ كتاب النكاح

وأبوابه والطلاق وما يتعلق به

النكاح(١) مندوب إليه لقوله تعالى: ﴿وابتغوا ما كتب الله لكم﴾ [البقرة:١٨٧]، وقوله: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله﴾ [النور:٣٢]، وقوله ﷺ: «تناكحوا تناسلوا»(٢) وقوله: «تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم»(٣)، وقوله: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج»(٤)، وفيه أخبار كثيرة.

فصل

وليس بواجب خلافًا لداود(٥) اعتبارًا بنكاح الأمة، ولأنه عقد معاوضة فلم يجب ابتداءً بالشرع كالبيع، ولأن المقصود منه وهو الوطء غير واجب، فلم يكن هو واجبًا.

---

(١) النكاح لغة: العقد، جاء في لسان العرب: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحًا إذا تزوجها ويطلق كذلك على العقد، قال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الوطء وقد يكون العقد، قال ابن سيده: النكاح: البضع لسان العرب (٦/٤٥٣٧).
وشرعًا: «عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر»، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٣٥).

(٢) ذكره الحافظ العجلوني، انظر كشف الخفاء (١/ ٣٨٠).

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح (٢/ ٥٢٧) ح (٢٠٥٠)، والنسائي في النكاح (٦/ ٥٤)، باب (كراهية تزويج العقيم)، وأحمد في المسند (٣/ ١٩٤) ح (١٢٦١٩).

(٤) أخرجه البخاري في النكاح (٩/ ٨) ح (٥٠٦٥)، ومسلم في النكاح (٢/ ١٠١٨) ح (١/ ١٤٠٠).

(٥) ذكره الإمام الشوكاني في نيل الأوطار (٦/ ١٠٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٣٣٤).

فصل

وللأب إنكاح ابنته البكر الصغيرة من غير خلاف[١] ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾ [النور:٣٢]، وقوله تعالى: ﴿إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين﴾ [القصص:٢٧]، وقوله: ﴿واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن﴾ [الطلاق:٤]، فجعل على التى لم تبلغ عدة، والعدة لا تجب إلا عن فراق فى نكاح صحيح ، ولأن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضى الله عنها وهى ابنة ست وبنى بها وهى ابنة تسع[٢]، وروى أنه ﷺ زوج ابنتيه من عثمان رضى الله عنه ولم يستشرهما ولا خلاف فيه.

فصل

وله إنكاح البكر، وإن بلغت جبراً خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة فى نفسها»[٤] فدل على أن غيرها بخلافها، ولأنه لا يفتقر فى عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه كالصغيرة، ولأن كل ولاية تثبت للأب على الصغيرة البكر لم تزل بمجرد البلوغ كالولاية فى المال.

فصل

إذا ثبت ذلك فيستحب له استئذانها لقوله ﷺ: «شاوروا النساء فى أبضاعهن»[٥]، ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضرر يلحقه فيه، وقيل: إنه ربما كان بها عيب لا يعلمه ولو علمه لم يزوجها، فإذا استأذنها أعلمته به فتحرز منه.

---

(١) الإجماع لابن المنذر (ص/٧٤)، المغنى لابن قدامة (٣٧٩/٧).

(٢) أخرجه البخارى فى النكاح (٩٦/٩) ح (٥١٣٣)، ومسلم فى النكاح (١٠٣٨/٢) ح (١٤٢٢/٦٩).

(٣) الاختيار للموصلى (٢٣/٣)، الهداية للمرغينانى (٢١٣/١).

(٤) أخرجه أبو داود فى النكاح (٢٣٨/٢) ح (٢٠٩٣) ، والترمذى فى النكاح (٤٠٨/٣) (١١٠٩).

(٥) أصله عند البخارى، أخرجه البخارى فى الإكراه (٣٣٤/١٢) ح (٦٩٤٦)، والنسائى فى النكاح (٧٠/٦)، باب (إذن البكر)، وأحمد فى المسند (٥١/٦) ح (٢٤٢٤٠).

فصل

وعنه فى المعنسة وهى التى قد علت بسنها، وبرز وجهها وخبرت الأمور روايتان: إحداهما: بقاء إجباره عليها، والأخرى زواله عنها.

فوجه بقائه: اعتبارًا بغير المعنسة بعلة البكارة، ووجه زواله: أن المعنى الموجب للإجبار فى الصغيرة التى لم تعنس قلة خبرتها بالأمور وعدم معرفتها بمصالحها [وذلك منتف عن المعنسة لبروز وجهها ومعرفتها بمصالحها][1]، فقام ذلك مقام الثيوبة فى رفع الإجبار عنها.

فصل

وليس للأب ولا غيره إجبار الثيب الكبيرة، ولا تزوج إلا برضاها لقوله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[2]، وروى: الثيب مفسرًا، وقوله: «ليس للولى مع الثيب أمر»[3]، ولأنها قد خبرت أمرها وعرفت مصالح نفسها، وزال الحجر عنها فى مالها، فوجب انتفاء الإجبار عنها، ولأن الإجبار لو لم يزل عنها لم تبق امرأة تزوج بإذنها ولا معنى لرفع الإجبار، وذلك باطل مع أنه لا خلاف فيه.

فصل

وللأب إجبار الثيب الصغيرة على النكاح خلافًا للشافعى[4]، لقوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة فى نفسها»[5]، فدل على أن ذات الأب بخلافها، ولأنها صغيرة كالبكر، ولأن ولاية الأب ثابتة عليها فى المال كالغلام، ولأن الثيوبة المزيلة للإجبار وهى التى يثبت معها الإذن كثيوبة البالغ، ولأن الثيوبة إحدى حالتى المرأة، فلم تنفك من جواز إنكاح

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه مسلم فى النكاح (٢/١٠٣٧) ح (٦٨/١٤٢١)، وأبو داود فى النكاح (٢/٢٣٩) ح (٢٠٩٨)، والترمذى فى النكاح (٣/٤٠٧) ح (١١٠٨)، وابن ماجه فى النكاح (١/٦٠١) ح (١٨٧٠)، وأحمد فى المسند (١/٢٨٧)، ح (١٨٩٣).

(٣) أخرجه أبو داود فى النكاح (٢/٢٣٩) ح (٢١٠٠)، والنسائى فى النكاح (٦/٦٩ـ٧٠) باب استئذان البكر فى نفسها)، وأحمد فى المسند (١/٤٣٤) ح (٣٠٨٦).

(٤) انظر روضة الطالبين (٧/٥٤)، مغنى المحتاج (٤/١٤٩).

(٥) تقدم تخريجه.

الأب إياها، أصله حال البكارة.

فصل

إذا ثبت أن له إجبارها فقد اختلف فى وقت انقطاعه: فقيل: ما لم تحض، وقيل: إن البلوغ لا يقطع الإجبار، فوجه الأول أنها إذا حاضت فقد صارت ممن لها إذن، والثيوبة إذا اجتمعت مع الإذن رفعت الإجبار، أصله الثيب الكبيرة، ووجه الثانى: أن كل صغيرة ملك الأب إجبارها لم يسقط عنها ببلوغها كالبكر.

فصل

الثيوبة التى ترفع الإجبار هى الوطء فى نكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك أو شبهة ملك ولا يثبت بوطء زنا أو غصب على وجه، خلافًا للشافعى[1] لأن رفع الإجبار بالثيوبة لزوال الحياء والانقباض الذى يكون فى البكر، وهذا منتف عن المزنى بها لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ركبته والعار الذى يلحقها، ويزيد فيها، فوجب بقاء الإجبار عليها، ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال، فكذلك إجبار النكاح.

فصل

إذا عادت البكر إلى الأب قبل أن تمس بطلاق أو موت، فأظهر الروايتين عنه أنه يعتبر طول إقامتها مع الزوج أو قصر المدة: فإن طالت إقامتها وبرز وجهها زال إجباره عنها، وإن كان ذلك بحدثان دخولها عليه ولم يطل لبثها ولو برز وجهها فإجباره باق عليها[2].

وإنما قلنا ذلك لأن عودها إلى الأب إذا كان عن قرب، فإنها على الحال التى كانت عليها عنده من قلة خبرتها بأمورها أو معرفتها بمصالحها لأنها لم يدخل بها فيثبت لها حكم الثيوبة ولا طال أمرها طولاً تخبر معه مواضع حظوظها وتعرف مصالحها فيقوم

---

(١) قال الخطيب الشربينى: (وسواء فى حصول الثيوبة واعتبار إذنها زالت البكارة بوطء فى قبلها حلال كالنكاح أو حرام كالزنا أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة)، مغنى المحتاج (٤/١٤٩)، روضة الطالبين (٧/٥٥).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٢/١٤١).

ذلك مقام الشيوبة، فكان الإجبار باق عليها، فإذا طالت إقامتها وبرز وجهها عدم هذا المعنى فيها وصارت فى حكم الثيب فانقطع الإجبار عنها.

وفى حد الطول روايتان: إحداهما أنه سنة، والأخرى لا حد فيها أكثر من العرف، فوجه اعتبار السنة أنها مدة جعلت فى الشرع حداً لأمور تتعرف منها العنَّة[1] والأدواء[2] الثلاثة فى عهدة الرقيق، فكذلك هاهنا، ووجه نفى التحديد أن كل أمر احتيج فيه إلى اختبار وتعرف ولم يرد توقيف بتحديد مدة وجب الرجوع فيه إلى العرف كالخيار فى البيوع، ويعرف إيناس الرشد باليتيم إذا بلغ، وفى مسألتنا التوقيف معدوم، فوجب الرجوع فيه إلى العرف.

فصل

الصحيح من قوله: إنه لا يعقد على الصغيرة سوى أبيها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن للأولياء أن يعقدوا عليها[3] لحديث ابن عمر أن عثمان بن مظعون توفى وترك ابنته وأوصى إلى أخيه قدامة إذا مت، فتزوجها من عبد الله بن عمر فأراد فسخ النكاح، وإنكاح المغيرة بن شعبة فارتفعوا إلى النبى ﷺ فقال قدامة: أنا عمها ووصى أبيها وما نقموا من عبد الله إلا أنه لا مال له، فقال ﷺ: «هى يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»[4]، ولأن كل من لا يملك التصرف فى مالها بنفسه لم يملك إجبارها على النكاح كالأجنبى، ولأن كل من لم يكن له إجبارها بعد البلوغ لم يكن له إجبارها قبله كالخال عكسه الأب.

فصل

ولا يجبر البكر أحد من الأولياء غير الأب صغيرة كانت أو كبيرة لا جد ولا غيره

(١) قال ابن عرفة. (العنين ذو ذكر لا يمكن به جماع لشدة صغره أو لدوام استرخائه)، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٥٣).

(٢) جمع دوى بالقصر وهو المرض، القاموس المحيط (٤/ ٣٢٩).

(٣) الاختيار للموصلى (٣/ ٢٠)، الهداية للمرغينانى (١/ ٢١٥).

(٤) أخرجه أحمد فى المسند (٢/ ١٧٧) ح (٦١٤١)، والبيهقى فى الكبرى (٧/ ١٨٣ ـ ١٨٤) ح (١٣٦٥٦)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: رجال أحمد رجال ثقات، انظر مجمع الزوائد (٤/ ٢٨٣).

خلافًا للشافعى فى قوله: إن الجد يجبر كالأب[1]، لقوله ﷺ: «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»[2]، ولأنه عصبة ويحجبه الأب فلم يملك الإجبار كالأخ، ولأنها ولاية تملك انتقالاً لا ابتداء، فلم يملك بها الإجبار كسائر الولايات.

فصل

إذا غاب الأب عن البكر غيبة قريبة أو كان يتردد فى تجارة أو غيرها فليس للولى ولا الحاكم أن يزوجها إلا بتوكيل من الأب، فإن غاب غيبة طويلة منقطعة شديدة البُعد، فإن كانت حياته معلومة ومكانه معروفًا إلا أن استئذانه يتعذر وهى بالغ، فقد اختلف فى جواز إنكاحها: فقال مالك: يزوجها الإمام إن رفعت ذلك إليه[3]، وقال عبد الملك: لا يجوز إنكاحها على وجه مع حياة الأب، وقال ابن وهب: إن قطع عنها نفقته وأطال غيبته جاز إنكاحها برضاها، وإن كان يبعث إليها نفقة وهى فى غنى وكفاية لم يجز الافتيات عليه ولم تزوج إلا برضاه[4].

فوجه قول مالك: هو أن غيبة الأب إذا طالت وانقطعت أضر ذلك بها فجرى مجرى عضلها، ولو كان الأب حاضراً وعضلها حتى علم أنه يقصد الإضرار بها لزوجها السلطان عليه، فكذلك مع طول الغيبة.

ووجه قول عبد الملك: أن الولاية باقية للأب لا تسقط بغيبته، فلم يكن لغيره أن يزوجها، ولأنها بكر لها أب كالحاضر أو القريب الغيبة وليس بعاضل، ووجه قول ابن وهب: أن المراعى فى ذلك إزالة الضرر عنها بدليل أنه لو كان حاضراً وعضلها لزوجت عليه لإزالة الضرر وهذا موجود مع انقطاع النفقة ووجود الحاجة وإذا لم يكن بها ضرورة لم تزوج لأنه ليس هاهنا ما يزيل ولاية الأب أو يسوغ الافتيات عليه.

فصل

إذا ثبت جواز إنكاحها: فقيل: لا يزوجها إلا السلطان، وقيل: للأولياء أن يزوجوها برضاها[5]، فوجه الأول: أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة الضرر عنها، فكان

(١) روضة الطالبين (٧/ ٥٣)، مغنى المحتاج (٤/ ١٤٩).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٥٢٦).
(٤) المدونة الكبرى (٢/ ١٤٤).
(٥) المدونة الكبرى (٢/ ١٤٤).

كالحكم على الأب، وذلك يختص به السلطان.

ووجه الثانى: أن النكاح بالإذن لا يقف على ولى دون ولى فى باب الجواز، ولأنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها، فجاز ذلك لسائر الأولياء، أصله إذا مات.

فصل

فأما إن انقطع خبره ولم تعلم حياته ولا موته جاز إنكاح الأولياء إياها برضاها، وقال عبد الملك: ليس لهم ذلك إلا بعد مضى أربع سنين من وقت فقده، فوجه الأول أن الظاهر من أمره الموت فجاز إنكاحها لأن أحسن أحواله أن يحمل أمره محمل العضل، فيجب إزالة الضرر عنها وعبد الملك نزلها منزلة امرأة المفقود من حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره، فوجب وقف ذلك على ضرب الأجل له.

فصل

إذن المزوجة على ضربين: إن كانت ثيبًا فبالقول، وإن كانت بكرًا فبالقول والصمات، وإنما فرقنا بينهما لقوله ﷺ فى البكر: «فإذنها صماتها»[1] فخصها بذلك، وروى: «الثيب تعرب عن نفسها»[2]، ولأن أصل الإذن أنه لا يثبت إلا بالقول، وإنما خصت البكر بالصمات للخبر، ولأن الحياء يغلب عليها ولئلا تنسب متى تسرعت إلى أن تقول: نعم قد رضيت أو قد رضيت أو قد أذنت أو ما أشبه ذلك إلى شدة الميل إلى الرجال وغلبة الشهوة عليها، فيكون ذلك مزهدًا فيها، والثيب قد زال هذا الاعتبار عنها ببروز وجهها ومعرفتها ما يراد فيها، فإذا ثبت هذا فينبغى أن تعلم البكر إذا صمتت بأن ذلك يحمل على أنه إذن منها احتياطًا واستظهارًا لجواز أن تظن أنه لا يحمل منها على ذلك، وليس بشرط فى صحة الإذن.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن ماجه فى النكاح (١/ ٦٠٢) ح (١٨٧٢)، فى الزوائد: رجال إسناده ثقات إلا أنه منقطع. فإن عديًا لم يسمع من أبيه عدى بن عميرة. يدخل بينهما العرس بن عميرة. قاله أبو حاتم وغيره لكن الحديث له شواهد صحيحة، وأحمد فى المسند (٤/ ٢٣٦) فى (١٧٧٣٩).

باب

الولي[١] شرط في صحة عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه خلافًا لأبي حنيفة[٢] لقوله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ [البقرة:٢٣٢]، وفي جواز ذلك لهن انتفاء العضل لزوال الحاجة إلى الأولياء، ولأن هذه الآية نزلت في شأن معقل بن يسار لما عضل أخته فنُهِيَ عن ذلك[٣]، وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[٤]، وقوله: «لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها»[٥]، ولأنها ناقصة بالأنوثية كالأَمَة، ولأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى ولي العقد كالعقد على الصغيرة، ولأن الولي شرط في النكاح وحياطة للفروج، لئلا تحمل المرأة شهوة النكاح وميلها إلى الرجال على التسرع إلى وضع نفسها في غير كفؤ فتلحق عارًا بأوليائها.

فصل

إذا ثبت ذلك فإن زوجت امرأة نفسها أو غيرها، فالنكاح فاسد لا يصح بوجه ويفسخ قبل الدخول وبعده، لأن منع ذلك لحق الله تعالى وفي كيفية فسخه روايتان[٦]:

إحداهما بطلاق [لأنه نكاح مختلف فيه، فاحتيط بأن يكون فسخه طلاقًا، الأخرى أنه فسخ بغير طلاق][٧]، ولأن المقام عليه لو أراده غير مسوغ لهما، فإن أدرك قبل

---

(١) الولي: هو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٤١).

(٢) الهداية للمرغيناني (١/ ٢١٣)، الاختيار (٣/ ٢٠).

(٣) أخرجه البخاري في التفسير (٨/ ٤٠) ح(٤٥٢٩) وأبو داود في النكاح (٢/ ٢٣٦) ح (٢٠٨٧).

(٤) أخرجه أبو داود في النكاح (٢/ ٢٣٦) ح (٢٠٨٥)، والترمذي في النكاح (٣/ ٣٩٨) ح (١١٠١)، وابن ماجه في النكاح (١/ ٦٠٥) ح (١٨٨١).

(٥) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١/ ٦٠٦) ح (١٨٨٢). وقال في الزوائد: في إسناده جميل بن الحسين العتكي. قال فيه عبدان: إنه فاسق يكذب يعني في كلامه. وقال ابن عدي: لم أسمع أحدًا تكلم فيه غير عبدان، إنه لا بأس به ولا أعلم له حديثًا منكرًا. وذكره ابن حبان في الثقات. وقال: يغرب، وقال مسلمة الأندلسي: ثقة وباقي رجال الإسناد ثقات. والدارقطني في سننه (٣/ ٢٢٧) ح (٢٥).

(٦) المدونة الكبرى (٢/ ١٤٨).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الدخول وفسخ فلا مهر لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم يجب به المهر، وإن لم يعلم إلا بعد الدخول لزم به المهر للاستمتاع، فإن كان قد سمى فالمسمى أولى من صداق المثل خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لقوله ﷺ: «أدوا العلائق قيل: وما العلائق؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون»[3]، وروى: «فإن نكحت فلها مهرها المسمى»، ولأن المقصد من النكاح المواصلة والمكارمة دون المتاجرة والمغابنة بخلاف البيوع، فإن لم يكن هناك مهر مسمى فصداق المثل، وحكمه فى وجوب العدة ولحوق النسب وتحريم المصاهرة حكم النكاح الصحيح، وفى التوارث قبل الفسخ خلاف مبنى على ما قدمناه.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه من حاجة النكاح إلى ولى، فالولاية على ضربين: ولاية عامة، وولاية خاصة، فالعامة ولاية الدين والأصل فى ثبوتها قوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة:٧١]، وقوله: ﴿لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض﴾ [المائدة:٥١]، وأما الخاصة فضربان: ولاية بالنسب، وولاية بالحكم، والولاية بالنسب مقدمة على الولاية بالحكم فإن استخلفت المرأة اجنبيًا فزوجها مع القدرة على إحدى الولايتين ففيهما روايتان:

إحداهما: أن ذلك غير جائز، والأخرى أنه ماضى إذا تزوجت كفؤًا.

فوجه الأولى: قوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[4]، فجعل الولاية عند عدم العصبة مقصورة على السلطان، فانتفى بذلك أن تكون لغيره ولاية مع وجوده، ولأن فى إجازته ذريعة إلى الافتيات على الأولياء وإسقاط حقهم من الولاية، وأن لا تشاء امرأة أن تعقد على نفسها مع امتناع وليها إلا وجدت سبيلاً إلى ذلك، فوجب فسخ ما هذا سبيله حياطة للفروج وحفظًا لحقوق الأولياء وحسمًا لباب الذريعة.

---

(١) انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٤١). الهداية للمرغينانى (١/ ٢٢٩)

(٢) انظر روضة الطالبين (٧/ ٢٨٨)، مغنى المحتاج (٤/ ٢٣٣).

(٣) ذكره الحافظ ابن حجر: انظر تلخيص الحبير (٣/ ٢١٥) ح (٢)، والدارقطنى فى سننه (٣/ ٢٤٤) ح (١٠) بلفظ : أنكحوا الأيامى ثلاثًا قيل: ما العلائق بينهم يا رسول الله؟ قال ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيب من أراك.

(٤) أخرجه أبو داود فى النكاح (٢/ ٢٣٥ ـ ٢٣٦) ح (٢٠٨٣)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩) ح (١١٠٢)، وابن ماجه فى النكاح (١/ ٦٠٥) ح (١٨٧٩).

ووجه الثـانية: أن الولاية الخاصة لا تسقط العامة جـملة، وإنما لها مزية عليـها فى التقديم، فإذا حصل العقد بالولاية العـامة على وجه لو عقده الولى الخاص لم يزد عليه لم يكن فى فسخـه فائدة اعتبارًا بتـقديم بعض العصبة عـلى بعض هذا إذا كان لها ولى مناسب، وكانت دنية كالمعتقة والمسلمانية[1]، والتى لا عصبة لهـا، وكان كل أحد كفؤًا لها، فالخلاف أيضًا ثابت على ما قدمناه إلا أن الأظهر أن النكاح جائز لأنه ليس فى ذلك افتيات على ولى خاص ولا إسقاط لولاية عصبة.

فصل

وأما الولاية بالنسب فهى للعصبة وللمولى، لأنه أيضًا عصبة وللوصى إذا أوصى إليه الأب دون غيـره من العصـبات، وذوو الأرحـام الذين لا تعصـيب فيـهم لا ولاية لهم كـالإخـوة للأم والجـد أبى الأم والخال، ومـن كان فى مـعناهـم لأنه لا ولاية لهم فى القصاص ولا لهم عـصبة فى الميراث، فكذلك فى النكاح، والولاية بالـنسب مرتبة على قوة العصبات، فكل من قوى تعصيبه كان أولى به وأولى العصبة بالإنكاح الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ الشـقيق ثم الأخ للأب ثم ابن الأخ الشقـيق ثم ابن الأخ للأب ثم الجد ثم العم ثم ابن العم، فإذا لم يكن عصبة بنسب فالمولى من فوق[2].

فصل

وإنما قلنا: البنوة يملك بها ولاية التزويـج خلافًا للشافعى[3] لقوله ﷺ لعمر بن أبى سلمة: «قم فزوج أمك»[4]، لأن الولاية بالنسب مفتقرة إلى تعصيب ولا تعصيب أقوى من تعصـيب الابن بدليل تقديمـه فى الولاء، وأن العصبـة يسقطون معـه فى الميراث أو

(١) هى المسلمانية. هى التى لا يرغب فـيها من حسب ولا مال ولا جمال، حـاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/٢٢٦).

(٢) المدونة الكبرى (٢/١٤٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٢/ ٢٢٥).

(٣) قال الإمام النووى: (الابن لا يزوج بالبنوة فـإن شاركها فى نسب كابن هو ابن ابن عـمها فله الولاية بذلك وكذا إن كان معتقًا أو قاضـيًا أو تولده قرابة من (أنكحة المجوس أو وطء الشبهة بأن كان ابنهـا أخاها أو ابن أخيهـا أو ابن عمها ولا تمـنعه البنوة التزويج بالجهـة الأخرى)، روضة الطالبين (٧/ ٦٠)، مغنى المحتاج (٤/١٥١).

(٤) أخرجه النسائى فى النكاح (٦/ ٦٦ ـ ٦٧) باب (إنكاح الابن أمه)، وأحمد فى المسند (٦/ ٣٢٧ ـ ٣٢٨) ح (٢٦٥٨٥).

يصيرون كذوى الأرحام فثبت أن له ولاية فى التزويج، ولأن البنوة توجب ثبوت الولاية، أصله إذا كان أبوه ابن عمها، ولأن كل ذكر كان عصبة فى الميراث كان عصبة فى عقد النكاح، أصله [ ](١)، ولأن كل حكم ثبت للابن من عمها ثبت للابن الذى ليس أبوه ابن عمها، أصله الميراث.

فصل

وإنما قلنا: إنه أولى من الأب لأن تعصيبه أقوى على ما بيناه، وإنما أثبتنا أن ابن الابن وليًا لأن معنى الابن موجود فيه وهو التعصب بالولادة، ولأنه قائم مقام الابن فى جميع الأحكام.

فصل

وإنما قلنا: إن الأب ولى للإجماع على ذلك(٢)، ولقوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة فى نفسها»(٣)، فدل أن غيرها لا يحتاج الأب إلى استثمارها، وولاية الإجبار أقوى من غيرها، ولأنه ولى المال والنظر فى أمرها، فكذلك النكاح، وإنما قلنا: إن الإخوة وبنيهم مقدمون على الجد فى ولاية النكاح بخلاف الميراث خلافًا للشافعى(٤)، لأن تعصيبهم أقوى لأنهم يدلون بالبنوة والجد يدلى بالأبوة لأن الأخ يقول: أنا ابن أبيها، والجد يقول: أنا أبو أبيها، وقد بينا أن تعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة.

وإنما قلنا: إن الأخ الشقيق مقدم على الأخ للأب لأنه يجمع تعصيبًا وقربًا، فكان أولى منه كالميراث، وإنما قلنا: إن الولاء يملك به ولاية النكاح لأنه يفيد التعصيب، ولأنه ملحق بالنسب ومشبه به، ولأن تعصيبه يورث به فكذلك يُملك به ولاية النكاح.

فصل

وهذا إذا تشاحوا فيكون الأول مقدمًا على غيره، وإذا لم يتشاحوا، فمن عقد منهم جاز مع وجوب الآخر فى غير البكر مع الأب والوصى خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا

---

(١) بياض بالأصل بمقدار كلمتين.

(٢) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٧٤)، المغنى لابن قدامة (٧/ ٣٤٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر روضة الطالبين (٧/ ٥٩).

ولاية للعصبة الذى هو أبعد مع الأقرب[1]، لأنه عصبة لا يملك الإجبار، فجاز أن يعقد عليها بإذنها كالأقرب، ولأن تأثير الأقرب تقديمه لا إسقاطه.

فصل

وإنما أثبتنا الوصى وليًا فى عقد النكاح إذا كان من جهة الأب خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لحديث قدامة بن مظعون لما زوج ابنة أخيه فقال: أنا عمها ووصى أبيها، فلم ينكر ﷺ عليه[4]، ولأنها ولاية كانت ثابتة للأب على الصغيرة حال حياته، فكان له نقلها إلى من شاء بعد وفاته كولاية المال.

فصل

إذا ثبت أن الوصى يكون وليًا فإنه يزوج البكر البالغ بإذنها لأن أحدًا لا يقوم مقام الأب فى الإجبار، وليس للأب أن يجعل للوصى الإجبار، ولأن الأب إنما ملك ذلك لمعنى يرجع إليه لا يوجد فى غيره، فإن كانت البكر صغيرة انتظر بلوغها ثم استأذنها إلا أن يكون الأب عيَّن له من يعقد عليها، فله أن يعقد عليها حال صغرها لأن ذلك الإجبار من الأب لأنه من اجتهاده والوصى كالوكيل.

فصل

لا خلاف أن للأب أن يعقد على ابنه الصغير، وكذلك للولى عندنا غير الأب من وصى أو حاكم، ولا خيار له إن بلغ إلا أن يطلق ابتداء ويلزمه نصف الصداق المسمى إن لم يكن دخل بعد البلوغ، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن للصبى الخيار إذا بلغ[5]،

---

(١) انظر مختصر المزنى بهامش الأم (٣/ ٢٦٣).

(٢) قال الكاسانى: (وليس للوصى ولاية الانكاح لانه يتصرف بالأمر فلا يعدو موضع الأمر كالوكيل)، انظر بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٢).

(٣) انظر مختصر المزنى بهامش الأم (٣/ ٢٥٨)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ليس هذا مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة بل مذهبه يوافق المالكية، ولكنه يقول بجواز الخيار للصبى إذا بلغ إذا كان الذى زوجه ولى غير الأب والجد، انظر الاختيار (٣/ ٢٦)، انظر الهداية (١/ ٢١٦)، انظر بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٩).

وللشافعى فى قوله: ليس للولى إنكاحه صغيراً[١] ودليلنا على جوازه أنه عقد معاوضة رآه الولى حظًا، فجاز له فعله كالبيع والشراء ولأنه عقد معاوضة يجوز أن يليه الصغير بنفسه إذا بلغ، فكان للولى أن يعقده بحق النظر كالإجارة، ولأنه يلى على ماله فجاز أن يجبره على النكاح كالأب ولا يلزم على الشيء مما ذكرناه الصغيرة لأنها لا تجبر باجتهاد غير الأب، ودليلنا على أنه لا خيار له أنه نكاح عقده من يلى النظر فى ماله كعقد الأب واعتباراً بالبيع والإجارة.

فصل

وفى إجبار المولى عليه خلاف، فعند عبد الملك بن الماجشون ليس للولى إجباره، وعند ابن حبيب له ذلك:

وجه نفى الإجبار أن إنكاح الغلام طريقه الملاذ، فلم يكن له إجباره عليه كسائر الملاذ والشهوات، ولأن النكاح لا مصلحة له فيه من طريق المال لأنه يوجب عليه مهراً ونفقة، وإنما المصلحة فيه من طريق الحاجة إليه، فإذا لم يحتج إليه لم يكن للولى إجباره عليه.

ووجه إثباته اعتباره بالصغير، ولأنه عقد معاوضة كالبيع والشراء، ولأن الولاية تثبت عليه لنقصه عن معرفة حظه ومصالحه وذلك لا يخص بعض مصالحه دون بعض ولو اعتبرنا رضاه لم تؤثر الولاية فيه شيئًا.

فصل

إذا زوج الأب ابنه الصغير فإن سمى الأب الصداق عليه لزمه وكان دينًا عليه للمرأة[٢]، وإن أطلق ولم يسم على من الصداق نظر، فإن كان للصبى مال فالصداق عليه[٣]، لأن من حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على من يملك المعوض عنه، كما لو اشترى ثوبًا أو عقاراً، وإن لم يكن له مال فالصداق على الأب لأنه ليس من

(١) قال الإمام الشافعى: (وللآباء تزويج الابن الصغير ولا خيار له إذا بلغ وليس ذلك لسلطان ولا لولى وإن زوجه سلطان أو ولى غير الآباء فالنكاح مفسوخ)، الأم (١٨/٥).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٥٢٩/٢).

(٣) المدونة الكبرى (١٤٩/٢).

النظر أن يلزم الأب ذمة الابن دينًا لا يحتاج إليه، لأن الصبى لا يحتاج إلى التزويج، وإنما يجوز ذلك للأب إذا رأى ذلك حظًا ونظرًا، وهذا بالعاجل إلزام ذمته دينًا لا يقدر على أدائه فى الحال ولا يدرى أييسر من بعد أم يبقى على الإعسار فيكون الصداق على الأب، وإن أيسر الابن من بعد لم ينتقل الوجوب إليه لأنه قد استقر على الأب، فإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله بالمرأة، وقالت المرأة: لا أسلم نفسى إلا بعد قبض الصداق، قيل للابن: إن أردت فأدِّ الصداق وإلا فطلق ولا يلزمك شىء.

باب

خلع[١] الأب على ولده الصغير جائز عليه ذكراً كان أو أنثى خلافًا لأبى حنيفة فى منعه ذلك فى الموضعين[٢]، وللشافعى فى إجازته ذلك فى الذكر ومنعه فى الأنثى[٣]، فدليلنا أن الأب لما كان هو الناظر للابن والقائم بمصالحه وجاز أن تكون المصلحة فى أن يطلق عليه بمال يأخذه له جاز ذلك له، ولأنه إخراج ملك عنه بعوض، فجاز إذا رآه حظًا كالبيع، واعتباراً بالصغير مع الشافعى، ودليلنا على جوازه فى الصغيرة أن أبا حنيفة يوافقنا فى أن له أن يعقد عليها بأقل من مهر مثلها إذا رأى ذلك حظًا، ولا فرق بين ذلك وبين مسألتنا لأنه قد يكون الحظ لها فى الفراق والأب غير متهم عليها.

فصل

يجوز للأب إنكاح البكر بأقل من صداق مثلها إذا رآه حظًا خلافًا للشافعى[٤] لأن المقصد من النكاح الألفة والمواصلة دون المغابنة والمتاجرة والأب غير متهم عليها، فقد يرى من الحظ إنكاحها بأقل من مهر المثل لأنه يضعها مع من يحسن عشرتها ويعود عليها معه من النفع أضعاف ما ترك من تمام المهر، ولأنه قد ثبت من أصلنا أن للأب أن يعفو عن نصف صداق البكر إذا طلقت قبل الدخول لأنه قد يرى ذلك حظًا، فكذلك فى مسألتنا إذا طلقت البكر قبل الدخول فللأب العفو عن نصف الصداق الواجب لها خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى[٦] لقوله تعالى: ﴿أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧]،

---

(١) الخلع: عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٧٥).

(٢) الهداية للمرغينانى (٢/ ٢٩٦)، الاختيار للموصلى (٣/ ١٢٣).

(٣) المهذب للشيرازى (٢/ ٧١).

(٤) انظر روضة الطالبين (٧/ ٢٧٤).

(٥) انظر الفتاوى الهندية (١/ ٣١٦).

(٦) قال الإمام النووى: (هل للولى العفو عن صداقها: قولان بناء على أن من الذى بيده عقدة النكاح: الجديد: المنع، والقديم: الجواز بخمسة شروط. أن يكون أبًا أو جدًا وأن تكون بكراً عاقلة صغيرة وأن يكون بعد الطلاق وأن يكون قبل الدخول وأن يكون الصداق دينًا هذا هو المذهب تفريعًا على القديم. وفى وجه: له العفو فى الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها =

وهذه كناية الغائب وافتتاح الخطاب للمواجهة[1]، فدل على أنه أراد غير الأزواج المواجهين، وليس إلا الأب، ولأن فى حملها على الزوج تكراراً لأنه قد ذكر عفوه لقوله: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ [البقرة:٢٣٧]، ولا وجه لذلك مع إمكان حملها على استئناف فائدة، ولأن قوله: ﴿الذى بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧]، يفيد أن تكون بيده فى الحال التى يعفو فيها عقدته، ولا يصلح حمله على الزوج إلا أن يضمر فيه الذى كان بيده وحمله على الأب غير محتاج إلى إضمار، ولأنه تعالى قصد بيان العفو من كلا الطرفين من جهة النساء، ومن جهة الأزواج ومفصلاً من جهة النساء فأضاف العفو إلى من يلى نفسه منهن وهى الثيب، وإلى من يلى الأبكار وهو الآباء، ولأنهن أحد نوعى الزوجات، فتعلق الندب إلى العفو بجهتهن كالثيب، ولأنه ولى يملك الإجبار، فجاز له العفو عن صداقها، أصله السيد فى أمته.

فصل

يجوز للولى أن يزوج وليته من نفسه خلافًا للشافعى[2] لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى»[3] فعم، ولأنه ﷺ أعتق صفية وتزوجها[4]، ولأنه ولى كالإمام الأعلى، ولأنه عقد على امرأة يجوز للعاقد عليها تزويجها فأشبه عقده عليها كالأجنبى أو إذا عقد عليها الحاكم.

فصل

ولا فرق بين أن تكون ولايته عليها بنسب أو وصية أو ولاء حكم [لأن كل هذا يثبت له به الولاء وينبغى له أن يشهد لهـا على رضاها احتياطًا][5]، خيفة إنكارها لا أن ذلك شرطًا فى صحة العقد، فإن لم يشهد واعترفت فالنكاح ثابت.

= والرشيدة وقبل الطلاق إذا رآه مصلحة وعند العين أيضًا والصحيح الأول)، روضة الطالبين (٧/٣١٦).

(١) ثبت فى بعض النسخ (للمواجه)، وما أثبتناه من (ب).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٧١)، مغنى المحتاج (٤/ ١٦٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٣٢) ح (٥٠٨٦) ، ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٤٣) ح (٨٤/ ١٤٢٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب) ومن (هـ).

فصل

وللمرأة أن تأذن لجماعة أوليائها أن يزوجوها من واحد بعينه أو ممن شاءوا من يؤديهم الاجتهاد إليه أو من واحد غير معين من جملة جماعة بأعيانهم، ولكل واحد أن ينكح على انفراده من غير انتظار للآخر، فإن زوجها أحدهم ثم علم الباقون ولم يكن فيهم من عقد لها على زوج فهى زوج لمن زوجها الولى، وليس للباقين أن يعقدوا وإن لم يعلم الباقون حتى عقده واحد منهم نظر: فإن عرف أنه قد عقد عليها اثنان أو ثلاثة قبل الدخول بها نظر أيهما سبق، فإن عرف كان هو الزوج وبطل عقود الباقين، فإن أشكل ذلك فسخت العقود كلها وعقد لها عقد مستأنف على من شاءت منهم أو من غيرهم، وإن لم يعلم ذلك حتى دخل بها واحداً منهم ثبت العقد له وبطلت عقود الباقين كان الأول أو الآخر، خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى فى قولهما إنها تكون للأول دخل الثانى أو لم يدخل بها[2]، لأنه إجماع الصحابة، وروى ذلك عن عمر والحسن بن علىّ ومعاوية[3]، وقيل: إنه مروى عن على[4] رضوان الله عليهم، ولا مخالف لهم، ولأن المرأة لما كانت مضطرة إلى إذن أوليائها فى العقد عليها من حيث كانت لا يجوز لها أن تلى العقد على نفسها وثبت أنه لا يلزم أحدهم التوقف عن العقد حتى ينظر هل عقد غيره أم لا؟ فكل واحد يعقد على من لا يتحقق أنه لا زوج لها بالشك فى ذلك، ويجوز أن يكون لها زوج، وكذلك المتزوج يقدم على من يجوز أن تكون زوجة لغيره مع وجود الإمارة المؤذنة بذلك وهو الإذن للولى الآخر فى النكاح وإمكان أن يكون قد سبق منه عقد لغيره، والأصول مبنية على منع العقد على من يشك فى أن لها زوجًا مع وجود الإمارة المجوزة لذلك، فلولا أن هذا النكاح يثبت له حكم وإلا لم يجز أن يباح للولى إيقاعه ولا للمتزوج استباحته ألا ترى أن نكاح المعتدة والمحرمة لما لم يكن له وجه يثبت معه لم يجز الإقدام عليه، وإذا ثبت ذلك لم يبق إلا ترجيحه بالوطء لأن أحداً لم يرجحه بغيره.

---

(١) الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠).

(٢) مغنى المحتاج (٤/ ١٦٠).

(٣) التعليل هنا لمذهب المالكية أنها تكون للذى دخل بها.

(٤) وروى أيضًا عن الخليفة على ـ عليه السلام ـ وشريح مثل ما قال الإمام الأعظم والشافعى، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٤٠٤).

فصل

تكره ولاية الفاسق إذا وجد ولى عدل فإن عـقد جاز خلافًا للشافعى[١] لأن الغرض من الولى الحظ للمزوجة، وإيقاعها مع كفؤ والفاسق لا ينافى ذلك بل ربما أثر فى زيادة الاحتياط والأنفة من العار، ولأنه عصبة حـر مسلم يصح أن يعقد على نفسه، فجاز أن يعقد على وليته كالعدل.

فصل

لا يكون المسلم وليًا للنصرانية لقوله عزَّ وجلَّ: ﴿بعضهم أولياء بعض﴾ [المائدة:٥١]، ولأن الكفر نقص أبلغ من الرق لأن نقص الـرق أصله الكفر، وإذا ثبت ذلك ولم تكن للعبـد ولاية نكاح كان الكافر بذلـك أولى، وللسيد المسلم أن يعـقد على أمتـه الكافرة بالرق لا بالولاية كما يعقد عليها عقد الإجارة.

فصل

الرق ينافى ولاية النكاح لأن العبد ناقص نقصًا أوجـبه الكفر على ما بيناه، ولأن كل نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلد الحكم منع ولاية عقد النكاح الأنوثية، ولا يكون العبد وليًا على ابنته ولا غيـرها، وحكم المكاتب والمدبر والمعتق بعضه أو إلى أجل حكم العبد القن فى ذلك.

فصل

وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده وكذلك الأمة لقوله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر»[٢]، وهذا أبلغ شىء فى الحظر، ولأن تصرفـهما مملوك عليهمـا للسيد،

---

(١) قال الإمام النووى: (الفسق فيه سبع طرق أشهرها: فى ولاية الفاسق قولان، وقيل بالمنع قطعًا وقيل: يلى قطعًا. وقيل يلى المجبر فقط وقيل عكسه لأنه لا يستقل. وقـيل: يلى غير الفاسق بشرب الخمـر وقيل: يلى المستتر بفـسقه دون المعلن وأما الراجح فالظاهر من مـذهب الشافعى رضى الله عنه منع ولاية الفاسق، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلى لا سـيما الخراسانيون واختاره الرويانى)، روضة الطالبين (٧/ ٦٤).

(٢) أخـرجـه أبو داود فى النكاح (٢/ ٢٣٤) ح (٢٠٧٨) ، والتـرمـذى فى النكاح (٣/ ٤١٠) ح (١١١١).

فلم يكن لهما إتلافه عليه، ولأن الأمة إذا كانت ممن يجوز للسيد وطئها فوطؤها حق له فليس لها منعه منه.

فصل

وللسيد أن يجبرهما على عقد النكاح خلافًا للشافعي في العبد[١] لقوله عزَّ وجلَّ: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ [النور:٣٢]، ولم يشترط رضاهم، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة، ونقيس العبد على الأمة بعلة ثبوت الرق.

فصل

ولا يجبر السيد على إنكاح العبد إذا طلب ذلك خلافًا للشافعي[٢]، لأنه مملوك كالأمة، ولأن المقصد منه اللذة كاللباس والطيب، ولأنه عيب فيه كالأمة.

فصل

إذا ثبت أنه لا يجوز لعبد ولا أمة أن يتزوجا بغير إذن سيدهما. فإن أذن سيدهما جاز لأنه مختار لترك حقه، فللعبد أن يلي نكاح نفسه لأنه من أهل العقود، وإذا وكل من يزوج الأمة جاز لأنها ليست من أهل العقد على نفسها لنقصها بالأنوثية كالحرة، بل الأمة أولى لأنها ناقصة بالأنوثية والرق.

فصل

فإن تزوجا بغير إذن السيد: فأما العبد فالأمر فيه للسيد، فإن أجار نكاحه جاز وإن رده انفسخ، وقال أبو الفرج: القياس لا يصح بوجه وهو قول الشافعي[٣]، ودليلنا أن العقد لا يمتنع وقوفه على الفسخ، وإنما يمتنع وقوفه على الإجازة كنكاح العنين والخصي[٤] والحرة والعبد وغير ذلك، فكذلك نكاح العبد.

---

(١) قال الإمام النووي:(هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح: قولان. القديم: نعم. والجديد: لا فإن كان صغيرًا فالأصح أنه كالكبير)، روضة الطالبين (٧/ ١٠٢)، مغني المحتاج (٤/ ١٧٢).

(٢) مغني المحتاج (٤/ ١٧٢)، روضة الطالبين (٧/ ١٠٢).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ١٠١)، مغني المحتاج (٧/ ١٠٢).

(٤) تقدم تعريف العنين، والخصي هو زوال الأنثيين قطعًا أو سلاً، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٥٣).

فإذا ثبت ذلك، فإن أجازه السيد جاز لأنه قطع حقه من الفسخ، وإن رده فسخ كما لو عقد على نفسه عقد إجارة، فإن كلم السيد فيه فقال: لا أجيزه، ثم قال من بعد قد أجزته فإنه على وجهين إن أراد بقوله أولاً لا أجيزه، وإنى قد فسخته فقد بطل ولا يلتفت إلى قوله من بعد قد أجزته لأن ما تقدم بطلانه لا يصح، وإن كان قوله من بعد لا أجيزه على طريق الإنكار والإرهاب، وقصد التروية والفكر كأنه يجيب بذلك من سأله أن يجيزه ثم قال من بعد قد أجزته، فإنه يصح، فإذا ثبت ذلك فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء للزوجة لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم تستحق فيه بدلاً، وإن كان قد دخل بها ترك لها من الصداق ربع دينار لأن الاستمتاع لا يعرى من بدل وأقله ما يكون مهراً وترجع السيد بما فيه لأنه حق له ولا حجة لها لأنها هى التى أتلفت بضعها، والعقد على من تصرفه مملوك عليه، فإن كانت موسرة أخذ منها، وإن كانت معسرة كان فى ذمتها، وتتبع هى العبد إذا عتق به لأنه غرها، وإن كان بين لها فلا اتباع لها، وكذلك إن فسخه عند سيده أو سلطان، وفسخه إن فسخ بطلاق لأنه ليس بغالب إذا لو أجازه السيد لجاز المقام عليه، وإذا جاز عقده فليس له فسخه بعد إجازته ولا أن يطلق عليه لأن صحته قد ثبتت والطلاق إلى من يملك منافع البضع، وله إن طلق أن يرتجع وإن كره السيد لأن الرجعة من حقوق النكاح، ويستوى فى ذلك كله تزويجه بأمة سيده أو بأجنبية، وإن زوجه من أمته ثم باعها فهما على نكاحهما قبل الدخول أو بعده لأن بقاء ملك السيد عليهما ليس بشرط فى بقاء العبد، وليس للمبتاع أن يفسخ العقد كما لم يكن ذلك للسيد الأول ولكنه عيب إن رضى به ، وإلا رده ، هذا الكلام فى العبد.

فصل

فأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها، فإنه على وجهين: إن باشرت العقد بنفسها، فالنكاح فاسد لا يصح ولا يلتفت إلى إجازة السيد لأن فساده فى العقد لحق الله تعالى، فإن ردت أمرها إلى من يعقد عليها من الرجال ففيها روايتان: إحداهما أنه كعقدها على نفسها لأن غير السيد لا يزوج به السيد لأن السيد يزوج بالملك وغيره يعقد بالولاية، وذلك لا يوجد مع الملك، والأخرى أنه يجوز بإجارة السيد ويبطل برده لأن السيد لو أذن لهذا العاقد لجاز العقد كما لو أذن للعبد أن يعقد على نفسه لصح، فكان وقوعه من

غير إذنه موقوفًا على إجازته ورده.

فصل

للعبد أن ينكح أربعًا خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢]، لقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء:٣] فعم، ولأن كل عدد جاز للحر أن يجمع بينه جاز للعبد كالاثنتين، ولأن من جاز له أن ينكح جاز أن ينكح أربعًا كالحر، ولأن النكاح طريقه الملاذ والشهوات، فكان العبد مساويًا فيه للحر كالأكل واللباس والطيب.

(١) الهداية للمرغينانى (١/٢١١)، الاختيار (٣/١٦).

(٢) روضة الطالبين (٧/١٢٢)، المهذب للشيرازى (٢/٤٦).

باب

يصح عقد النكـاح من غير إشهاد خـلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لأنه عقـد من العقود فأشـبه سائرها، ولأنه معنى يقصد به التوثق، فلـم يكن شرطًا فى انعقاد النكاح كـالرهن والكفالة، ولأن كل من لم يـحتج إلى حـضوره فى إيجـاب أو قبـول لم يكن حضوره شرطًا فى عقد النكاح، أصله الزوجة.

فصل

إذا ثبت أنه ليس بشرط فى الصحة، فإنه شرط فى الكمال والفضيلة لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل»[3]، وقد ثبت أنه لم يرد بذلك الصـحة فلم يبق إلا نفى الكمال والفضيلة، ولأن الإعـلان والإشهاد مستحبان فى عقـد النكاح فالإشهاد أولى، ولأن ذلك إجماع الصحابة أعنى أن للشهادة تأثيرًا فيه.

فصل

يستحب الإعلان فى النكاح والإشادة به ونشره لقوله ﷺ: «أعلنوا بالنكاح واضربوا عليه بالغربال»[4]، وروى: «أظهروا النكاح»[5]، ولنهيه عن نكاح السر، ولأن فى إظهاره حفظًا للأنسـاب واحتياطًا من جـحدها لأن الزوج قد ينكر النكاح وتكون المرأة حـاملاً، فلا يكون لها سبـيل إلى إثباته فيؤدى إلى إضاعة النسب، فإذا كـان هناك إشهاد وإعلان لم يمكنه ذلك.

---

(١) قال المرغينانى: (اعلم أن الشـهادة شرط فى باب النكاح لقوله عليـه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بشهـود» وهو حجـة على مالك رحـمه الله فى اشـتراط الإعـلام دون الشهادة »، الـهداية للمرغينانى (١/٢٠٦)، الاختيار للموصلى (٣/ ١٠).

(٢) مغنى المحتاج (٤/ ١٤٤)، روضة الطالبين (٧/ ٤٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه ابن ماجـه فى النكاح (١/ ٦١١) (١٨٩٥)، فى الزوائد: فى إسناده خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوى اتفقوا على ضعفه بل نسـبه ابن حبان والحاكم وأبو سعيد النقاش إلى الوضع، والتـرمذى فى النكاح (٣/ ٣٩٠) ح (١٠٨٩)، وقـال أبو عـيسى: هذا حـديث حسن غـريب وعيسى بن ميمون الأنصارى يضعف فى الحديث.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

وإذا تواصى بكتمان النكاح بطل العقد خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢]، لقوله ﷺ: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال»[٣]، والتواصى بكتمانه ضد لذلك، وروى أنه ﷺ نهى عن نكاح السر[٤]، ولأن التواصى بالكتمان من صفة الزنا، ففى إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلى إضاعة الأنساب.

فصل

إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفؤ فليس لوليها الامتناع، لقوله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ [البقرة:٢٣٢]، ولأن ذلك حق للنساء على الأولياء، كما أن منعهن من غير الكفاءة حق عليهن للأولياء، فإذا لم يكن ذلك لهن لأجل حق الأولياء فكذلك ليس للأولياء الامتناع من حقوقهن فى إجابتهن إلى الأكفاء.

فصل

فإن امتنع الولى زوجها الإمام لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[٥]، فجعلها مع اختلافهم فى حكم من لا ولى له للحوق الضرر بها مع امتناعه، ولأن ذلك حق للولى مالم يختر إبطاله فإذا اختار تركه انتقلت الولاية إلى الإمام.

فصل

والكفاءة[٦] المعتبرة هى الدين دون النسب خلافًا لأبى حنيفة[٧] والشافعى[٨] فى

(١) قال الكاسانى: (وما روى أنه نهى عن نكاح السر فنقول بموجبه، لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان فأما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر إذ السر إذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سرًا)، انظر بدائع الصنائع (٢/٢٥٣).

(٢) الأم للإمام الشافعى (٥/١٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) الكفاءة هى المماثلة والمقاربة شرح حدود ابن عرفة (١/٢٤٦).

(٧) الهداية للمرغينانى (١/٢١٨)، الاختيار للموصلى (٣/٣٣).

(٨) روضة الطالبين (٧/ ٨٠)، المهذب للشيرازى (٢/٣٩).

اعتبارهما للنسب، لقوله تعالى: ﴿إن أكرمكم عنـد الله أتقاكم﴾ [الحجرات:١٣]، فبين أن المساواة شـاملة وأن المفاضلة عند الله هى بالدين والتقـوى، وقوله ﷺ: «إذا أتاكم من ترضون دينه وأمـانته فزوجوه إلا تفعلـوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كـبير»[1]، فاعتبر الدين والأمانة دون الـنسب، وقوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينهـا وجمالهـا ومالهـا فعليك بذات الدين تربت يداك»[2] فأخبر عن أغراض النكاح فـأمر بذات الدين وجعله العمدة، وقد علمنا أنه لا يأمرنا بغير الكفاءة.

فصل

فإن رضيت بغير كفـؤ وأباه الأولياء لم يكن لها أن تنكح إلا برضاهم، لأن ذلك حق لهم إذا كان وضعـها نفسها فى غـير كفؤ يلحق العار بهم ولهم دفع العـار عن أنفسهم، ولأن أصل الولاية إنما وضعت لهذا المعنى، وهو أن النساء لشهوتهن النكاح وشدة ميلهن إليه يضعن أنفـسهن فى الكفؤ وغير الكفـؤ، فمنعهن من تولى العقد بأنفـسهن، وجعل أمرهن إلى الأولياء فى الحديث: «إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فأنكحوه»[3]، فدل على أنه لا يلزمهم مع عدمه.

فصل

وإن رضيت هى والأولياء بغـير كفؤ جاز خـلافًا لمن حكى عنه أنه لا يجوز[4]، لأن الحق فى ذلك لا يخرج عن المرأة والأولياء، فـإذا حصل الرضا بتركه من جمـيعهم جاز لأن أحدًا لا يعترض عليه فى ترك حقه مالم يتعلق بذلك إسقاط حق غيره.

فصل

فإن رضيت الزواج بعبد جاز عند ابن القاسم، ولم يجز عند المغيرة وسحنون، وهذا هو الصحيح، لأن الحـرية من الكفاءة، والعار يدخل على الأولياء بوضع وليتهـم نفسها

---

(١) أخرجه الترمذى فى النكاح (٣/ ٣٨٥) ح (١٠٨٤) حـديث حسن غريب وابن ماجه فى النكاح (١/ ٦٣٢ ـ٦٣٣) ح (١٩٦٧).

(٢) أخـرجـه البـخـارى فى النكـاح (٩/ ٣٥) ح (٥٠٩٠)، ومـسلم فى الرضـاع (٢/ ١٠٨٦) ح (١٤٦٦/٥٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) حكى ذلك عن سفيان الثورى والإمام أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٣٧١).

تحت عبد، فكان لهم منعها.

فصل

التوكيل فى عقد النكاح جائز، لأنه عقد معاوضة، فجاز التوكيل فيه كسائر عقود المعاوضات، فإن سمى له امرأة بعينها وسمى صداقها جاز كتوكيله إياه على شراء سلعة بعينها بثمن معلوم فيجوز، وإن أطلق الوكالة جاز إذا زوجه من يشبه أن تكون من نسائه ولا يلزمه من لا تشبه أن تكون من نسائه لأن إطلاق الوكالة يقتضى نساء المثل كما يقتضى فى البيع ثمن المثل.

فصل

يجوز للمرأة أن تأذن لوليها فى أن يزوجها، وله أن يخطب عليها، وإذا حضر كفؤ لها فهل يجوز له أن يزوجها منه قبل إعلامها بعينه أم لا ففيها روايتان:

إحداهما: أن ذلك له لأن تفويضها إليه رضًا باجتهاده، فقام بذلك مقام التعيين، والأخرى أن ذلك ليس له لاختلاف أغراض النساء فى أعيان الرجال[1]، وإن تساووا فى الكفاءة، وعلى الروايتين معًا ليس له أن يزوجها من نفسه إلا من بعد أن يعلمها فتأذن له لأنه يتهم فى تقديم حظه ومحاباة نفسه، ولأنها لو أرادت ذلك لذكرته له أو أشعرته به بخلاف الغير، لأن ذلك لا ينحصر فكان إمساكها عنه دلالة على أنها غير راضية به وعمن عداه غير دال على ذلك.

(١) انظر المدونة الكبرى (٢/ ١٥٧).

باب

لا يجوز نكاح بغير صداق لقوله عز وجل: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله: ﴿فآتوهن أجورهن فريضة﴾ [النساء: ٢٤]، وقال ﷺ للذى خطب المرأة: «هل معك ما تستحلها به»[١].

فصل

لا حد لأكثر الصداق إجماعًا[٢]، وأقله محدود عندنا خلافًا للشافعى، فى قوله: لا حد له[٣]، لأنه عضو محرم تناوله لحق الله تعالى لا يستباح إلا بمال فوجب أن يكون ذلك المال مقدرًا، أصله قطع اليد فى السرقة، ولأن المهر فى النكاح حق الله تعالى، بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز، وحقوق الله تعالى فى الأموال مقدرة كالزكاة والكفارات.

فصل

إذا ثبت أنه مقدر فتقديره بربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورِق وما يساوى أحدهما، خلافًا لأبى حنيفة فى تقديره بعشرة دراهم[٤]، لأن كلاً منا بناه على ما يجب فيه القطع وقد ثبت عندنا بما نبينه فى كتاب القطع أن أقل ما يقطع فيه اليد ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورِق، فيجب كون ذلك أقل المهور.

فصل

يستحب أن يكون الصداق أعيانًا متملكة ويكره أن يكون منفعة من المنافع التى تتملك بالإجارة للاختلاف فى جوازه، وإن عقد به جاز خلافًا لمن منعه[٥] لقوله تعالى:

---

(١) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٩٧) ح (٥١٣٥)، ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٤٠ ـ ١٠٤١) ح (٧٦/ ١٤٢٥).

(٢) انظر المغنى لابن قدامة (٨/ ٤).

(٣) انظر روضة الطالبين (٧/ ٢٤٩)، المهذب للشيرازى (٢/ ٥٥).

(٤) الاختيار للموصلى (٣/ ٣٧)، الهداية للمرغينانى (١/ ٢٢٢).

(٥) الذى منعه الأحناف، قال الموصلى: (أما إذا تزوجها على خدمته سنة أو يعلم القرآن فمذهبهما=

﴿إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج﴾ [القصص:٢٧]، ولأنه أحد نوعى الأعواض فى المبيعات، فجاز عقد النكاح به كالأعيان لأن المنافع فى معنى المال.

فصل

لا يجوز أن يكون المهر محرمًا لا يصلح أن يملك كالخمر والخنزير، ولا غررًا كالعبد الآبق والجمل الشارد والجنين فى بطن أمه والثمرة التى لم يبد صلاحها على التبقية وما أشبه ذلك، ولا خلاف فى منع ابتداء العقد به، فإن وقع ففيه روايتان: إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده، والأخرى أن يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويجب صداق المثل، وعند أبى حنيفة[1] والشافعى: أن العقد صحيح لا يفسد بفساد المهر، ويجب فيه صداق المثل ولا يفسخ[2]، فإذا قلنا: إن العقد فاسد فوجهه قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء:٢٤]، فعلق الإحلال بشرط الابتغاء بالمال: والخمر والخنزير ليسا بمال لنا، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع، ولأن المقصود به إذا كان فاسدًا وجب فساد العقد، أصله نكاح الشغار.

ووجه [الصحيح][3]: أن عقد النكاح مفارق لعقد البيع فى موضعه لأن سائر عقود المعاوضات العوض مقصود منها لأن طريقها المغابنة والمكايسة، وليس كذلك النكاح لأنه مبنى على المواصلة والمكارمة دون العوض، ألا ترى أنهما إذا عقدا من غير تسمية صداق، فإن العقد جائز ولو سكتا عن ذكر العوض فى البيع والإجارة لم يصح العقد، ويفارق نكاح الشغار لأنه يفسد لكون المقصود به بخلاف مسألتنا.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فقد اختلف أصحابنا فى تأويل قول مالك إنه يفسخ قبل الدخول: فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظًا وعقوبة لهما لئلا يعودا إلى مثل ذلك، ومنهم من

= وجوب مهر المثل وقال محمد: لها قيمة خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فإنه تجب القيمة)، الاختيار (٣/٤٣).

(١) الهداية للمرغينانى (١/٢٢٧)، الاختيار للموصلى (٣/٤٢).

(٢) روضة الطالبين (٧/٢٥٧ ـ ٢٥٨)، المهذب للشيرازى (٢/٥٦).

(٣) ثبت فى بعض النسخ (التصحيح)، وما أثبتناه من (ب).

حمله على الاستحباب احتياطًا وخروجًا من الخلاف، فإن وقع الدخول لم يفسخ لأن الصداق قد وجب فلا يؤخذ المعنى الذى لأجله يفسخ قبل الدخول.

فصل

إذا تزوجها على درهمين، فاختلف أصحابنا: فعند ابن القاسم لا يفسخ النكاح ويجبر على أن يكمِّل الثلاثة دراهم ويمضى أو يفسخ إن لم يرض، وعند غيره يفسخ وإن أكمل المهر[1].

فوجه قول ابن القاسم: أن المهر ليس بفاسد فى عينه، وإنما منع العقد لقصور عن المقدار المعتبر فيه، ففارق الخمر والخنزير، ووجه الفسخ أنه عقد بما لا يستباح البضع به كالخمر والخنزير.

فصل

يستحب لمن يتزوج أن يدفع شيئًا من الصداق قبل الدخول، وأقله ربع دينار لأنه ﷺ فعل ذلك لما زوج فاطمة من علىّ رضى الله عنهما[2]، ولأن العوض فى النكاح متأكد من الأعواض فى سائر العقود لحرمة البضع، ولأن التراضى بإسقاطه غير جائز فوجب تأكيده عليها فى التسليم، وإن لم يفعل جاز لأن تأخير القبض لا يخرجه عن الوجوب.

وإنما استحببنا أن يكون أقل ما يقدم أقل ما يستباح به الفرج ليكون فى معنى من يقدم على فرج قد ملك استباحته ملكًا منبرمًا لأنه لو اقتصر فى المهر على ذلك القدر لجاز.

فصل

كل فسخ يكون قبل الدخول تنفرد به المرأة فلا صداق لها معه، من ذلك الأمة تعتق تحت العبد قبل الدخول فتختار نفسها، وكذلك لو ارتدت أو كانت أمة فباعها سيدها من زوجها أو لاعنها فالتعنت، ويفارق ذلك أن تختار نفسها بتمليكه أو تخييره فيجب لها نصف الصداق لأن الزوج هو السبب فى الفسخ بتمليكه إياها الفرقة، وكذلك لو أعسر

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٢/ ١٧٣).

(٢) أخرجه البيهقى فى الصداق (٧/ ٤١٢) ح (١٤٤٦١)، وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى أبى يعلى وبقية رجاله رجال الصحيح، انظر مجمع الزوائد (٤/ ٢٨٦).

بالصداق قبل الدخول أو جن فطلق عليه فلها نصف الصداق لأن ذلك من جهته، فكان كمن خيَّرها.

والأصل فى هذا الباب أن المرأة تملك الصداق بالعقد والتسمية ملكًا غير مستقر، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول خلافًا للشافعى[1]، ولذلك قلنا: إنه لو نما فى يدها أو نقص ثم طلقها كان النماء بينهما والنقصان عليهما، ولو تزوجها على شىء بعينه فتلف فى يديه أو فى يدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شىء له عليها إذا كان تلفه بغير صنعها، ودليلنا أنه لو كان ملكها قد استقر عليه لم يجز أن يبطل بعد استقراره ولا أن يطرأ عليه ما يبطله كما لو دخل، وقد ثبت أنها لو ارتدت أو اختارت نفسها بالعتق قبل الدخول لم تستحق شيئًا، أصله لو طلقت قبل الدخول لملكت النصف دون الجميع، فدل ذلك على أن ملكها له غير مستقر، وأنه يستقر بالدخول أو الموت.

فصل

إذا قبضت الصداق فاشترت به شيئًا من مصلحتها أو مصلحة زوجها مما جرى العرف فى موضعهما بأن تتجهز المرأة به لزوجها ثم طلقت قبل الدخول، فله نصف ما ابتاعته ولا يلزمها أن تغرم له نصفه عينًا، فلو طالبها بنصف ما ابتاعته فأرادت هى أن تتمسك به وتعطيه مثل نصف ما أعطاها عينًا لم يكن لها ذلك إلا برضاه، فإن كان الذى اشترته به شيئًا تختص هى بمنفعته، فإن عليها أن تغرم له نصف العين الذى أخذت منه، وعند أبى حنيفة[2] والشافعى يلزمها أن تغرم له نصف العين الذى أخذت منه على كل وجه[3]، ودليلنا أن العرف إذا كان جاريًا بأن المرأة تتجهز للرجل، وأنه يلتمس ذلك وعليه مضت عادة أهل بلدهم وجب متى فعلته أن يكون عليها نصاب ما اشترته، لأنه على ذلك دخل فكأنها قد فعلته بأمره لأنه قد علم أنها تصرفه فيه، فإذا كان العرف جاريًا بذلك صار كأنه صرح فقال: قد أذنت لك أن تشترى بصداقك جهازًا، فإذا طلقها قبل الدخول لم يكن له إلا نصف ما اشترته به.

ودليلنا على وجوب ما ذكرناه قوله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩]، ولأنه ﷺ أخذ صداق فاطمة رضى الله عنها فصرفه فى جهازها من طيب وفراش

(١) فى أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد، المهذب للشيرازى (٢/ ٥٧).

(١) انظر الفتاوى الهندية (١/ ٣١٥).

(٢) الأم للشافعى (٥/ ٥٤)، مغنى المحتاج (٤/ ٢٢١).

ووسادتين على ما روى فى الخبر[1] وفعله على الوجوب، ولأن عليًا رضى الله عنه حكم بذلك فى قضية ارتفع إليه فيها: قضى على الأب بوجوب تجهيز ابنته، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف ما دفعه وقال: أعطيت دراهم وآخذ صوفًا وخرقًا فقال: أنت أضعت مالك[2]، ولم يخالف عليه أحد، فأما إذا صرفته فى شيء تختص به مثل شراء عقار للتجارة أو تجارة أو غير ذلك فإنها تغرم نصفه عينًا، لأنها انفردت بمنفعته دونه لأنه لم يدخل على ذلك، فكان كما لو قضت به دينًا.

فصل

صداق المثل: يراعى فيه حالها فى جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها ممن يشبهها من عشيرتها وجيرانها كن من عصبتها أو من غير عصبتها خلافًا للشافعى فى مراعاته العصبة[3]، لأن صداق المثل يختلف ويقل ويكثر باختلاف ما ذكرناه فى النساء من الجمال والمال والشرف، يدل عليه أن الإنسان يرغب فى جمال المرأة فيبذل من الصداق أكثر مما يبذله للتى هى دونها فى الجمال، وكذلك فى التى لها مال لارتفاقه بمالها وانتفاعه به، فيبذل لها أكثر مما يبذل للفقيرة، فإذا ثبت ذلك وجب أن يكون هذا هو المعتبر دون نساء العصبات، فإن لم يسلموا دللنا عليه بقوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فعليك بذات الدين تربت يداك»[4]، فأخبر أن الغرض الذى يقصد من المرأة وعليه يبذل الصداق هو هذه الأشياء، فدل على أن الاعتبار بها دون غيرها، ولأن نساء العصبة قد تختلف أحوالهن وحالها فيختلف الصداق باختلاف ذلك بحسب قلة الرغبة وكثرتها، فكان الاعتبار به دون ما لا يؤثر فيه.

فصل

إذا رضيت المرأة بأقل من صداق مثلها وهى ثيب لا حجر عليها جاز، ولم يكن للولى الامتناع من إنكاحها ولا اعتراض بالفسخ إن كان زَوَّجها ولى غيره، خلافًا لأبى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٥٧٣) ح (٤٥).

(٣) قال الإمام النووى: (وينظر إلى نساء عصباتها وهن المنتسبات إلى من تنتسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت والعمة وبنت العم ولا ينظر إلى ذوات الأرحام ويراعى فى نساء العصبة قرب الدرجة)، روضة الطالبين (٧/٢٨٦)، مغنى المحتاج (٤/٢٣١).

(٤) تقدم تخريجه.

حنيفة فى قول: أن مهر المثل من الكفاءة[1]، لأن كل من لم يكن له الاعتراض عليه فى جنس المهر لم يكن له الاعتراض فى مبلغه، أصله ابن الأخ مع وجود الأخ، ولأنها حرة رشيدة لها التصرف فى بدل منافعها فواجب أن لا اعتراض عليها فى مالها، أصله إذا أجرت نفسها للخدمة بأقل من أجرة مثلها.

فصل

نكاح الشغار[2] باطل وصورته: أن يقول: زوجنى ابنتك على أن أزوجك ابنتى، فيجعل بضع كل واحدة مهراً للأخرى من غير أن يذكرا مهراً سواه، فهذا باطل يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا يصح بوجه فى المماليك ولا الأحرار نحو قوله: زوجنى أمتك على أن أزوجك أمتى على أن لا صداق بيننا فهو كقوله فى الحرائر: زوجنى ابنتك على أن أزوجك ابنتى ولا مهر بينهما فى أن العقد مفسوخ فى الجميع، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يصح ويلزمه فيه مهر المثل[3]، لما رواه ابن عمر: «أنه ﷺ نهى عن نكاح الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما»[4] فإن كان هذا التفسير منه ﷺ فهو غاية المراد، وإن كان من الصحابى فهو أولى من تفسير غيره، ولأنه ملَّك بضع ابنته لشخصين الرجل وابنته، وذلك يوجب فساد العقد لأن المهر يجب أن يكون ملكًا للمنكوحة فصار كما لو قال لرجلين: زوجت ابنتى لكل منكما، ولأنه عقد جعل فيه المعقود له معقوداً به فلم يصح، أصله إذا قال لعبده زوجتك ابنتى على أن تكون رقبتك مهراً، ولأنه عقد شرط فيه المعقود به لغير المعقود له فلم يصح، أصله إذا قال: بعتك عبدى هذا على أن يكون ملكًا لزيد.

فصل

فإن سمى مع ذلك مهراً لهما أو لأحدهما صح النكاح فى التى سمى لها المهر، ووجب صداق المثل، لأنه لم يعقد على ما لا يصح أن يكون مهراً وإنما ضم إلى المهر ما

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٢١٩)، الاختيار للموصلى (٣/ ٣٤).

(٢) يقال شغر الكلب رفع إحدى رجليه بال أو لم يبل، القاموس المحيط (٢/ ٦٠)، وفى الاصطلاح هو: (خلو البضع عن الصداق)، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٦١).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى، (١/ ٢٢٤).

(٤) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٦٦) ح (٥١١٢)، ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٣٥) ح (٥٧/ ١٤١٥).

لا يصح أن يكون عوضًا فى العقد فوجب فساده والرجوع إلى صداق المثل.

فصل

نكاح المتعة[1] باطل: وهو «العقد المؤقت بأجل» خلافًا للمبتدعة[2] لنهيه ﷺ عنه يوم خيبر[3]، وقيل: يوم حنين، وفى حديث الربيع بن سبرة عن أبيه عن النبى ﷺ قال: «ألا إن الله حرمها»[4]، ولأنه عقد معاوضة مؤبدة فلم يصح مؤقتًا، أصله البيع، ولأن خصائص النكاح لا تثبت فيه مثل الظهار والطلاق والتوارث فلو كان صحيحًا لتعلقت به كسائر الأنكحة الصحيحة، ولأنه يقف الوطء على مدة مقدرة كما لو استأجر امرأة ليطأها شهرًا.

فصل

الخطبة على خطبة الغير لها حالتان: حال تجوز فيها، وحال تمنع، فأما حال الجواز فهى إذا لم تنعم[5] له وتركن إليه، بل ابتدأ الخطبة أو وعد وعدًا معلقًا من غير إجابة ولا ركون، فجاء غيره فخطب، فإن هذا لا يمنع ، لأن الناس لو منعوا من أن يخطبوا من قد خطبت أو روسلت أو كلمت لشق عليهم وضاق وأدى إلى أن لا يخطب أحدًا امرأة إلا بعد أن يسأل ويبحث هل راسلها غيره أو ابتدأ خطبتها، وفى ذلك من الضيق والحرج ما يوضع عن الناس ولا يؤخذون به، وبمثله وردت السنة فى حديث فاطمة بنت قيس لما جاءت النبى ﷺ أعلمته أن أبا جهم ومعاوية خطباها فقال رسول الله ﷺ: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، ولكن انكحى

---

(١) هو من التمتع بالشىء أى: الانتفاع به، يقال تمتعت أتمتع تمتعًا والاسم: المتعة، كأنه ينتفع إلى مدة معلومة، المطلع (ص/٣٢٣).

(٢) يقصد المصنف بقوله المبتدعة، الشيعة الإمامية، قال الإمام الطوسى: (نكاح المتعة عندنا صحيح مباح فى الشريعة وصورته أن يعقد عليها مدة معلومة بمهر معلوم فإن كانت المدة مجهولة لم يصح»، المبسوط فى فقه الإمامية (٤/٢٣٦)، نيل الأوطار للشوكانى (٦/١٣٦).

(٣) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/٧١) ح (٥١١٥)، ومسلم فى النكاح (٢/١٠٢٧) ح (٣٠/١٤٠٧).

(٤) أخرجه مسلم فى النكاح (٢/١٠٢٦) ح (٢٤/١٤٠٥)، وابن ماجه فى النكاح (١/٦٣١) ح (١٩٦٢)، وأحمد فى المسند (٣/٤٩٦) ح (١٥٣٥٢).

(٥) أى تقابل بالإيجاب.

أسامة بن زيد»[١]، فلم ينكر اجتماعهما عليها فى الخطبة وخطب عليها لآخر، ومثله حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما خُطبت امرأة لابنه عبد الله ولمروان وغيره، ثم خطبها لنفسه معهم فقالت المرأة: أجاد أمير المؤمنين أم هازل؟ قال: بل جاد، فقالت: قد أنكحتك»[٢]، فاستجاز عمر لنفسه أن يخطبها معهم لما لم يكن من جهتها إنعام لواحد منهم ولا إجابة ولا ركون ولا وعد لتقرير فدل على ما قلناه.

فصل

الحالة الثانية: أن تنعم المرأة وتجيب وتركن إلى الخاطب [ويتمهد][٣] الأمر بينهما ويشترط كل واحد منهما على الآخر ما يريده ولم يبق إلا العقد أو قريب منه، فهذه الحال التى يمنع فيها أن يخطب الغير على خطبة من قد انتهى إليها فمتى خطب وعقد له عليه فالعقد غير صحيح ويفسخ على الظاهر من المذهب خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٤]، ولمن ذهب إلى خلافه من أصحابنا[٥]، لنهيه ﷺ أن يخطب الإنسان على خطبة أخيه، والنهى يقتضى الفساد، ولأن هذا ذريعة إلى الإفساد على الناس وإدخال الأذى عليهم لأنه لا يشاء أحد أن يفسد على غيره ويؤذيه إلا تركه يخطب ويبعث ويجتهد حتى إذا لم يبق إلا الفراغ جاء فأفسد عليه، فوجب حسم الباب بإبطال ما أدى إلى هذا من الفعل ليرتدع من يفعل ذلك على ألا يعود لمثله كما وجب مثله فى التلقى وغيره.

---

(١) أخرجه مسلم فى الطلاق (٢/ ١١١٤) ح (٣٦/ ١٤٨٠)، وأبو داود فى الطلاق (٢/ ٢٩٤) ح (٢٢٨٤)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٤٣٢) ح (١١٣٥)، والبيهقى فى الكبرى فى النكاح (٧/ ٢٩٣) ح (١٤٠٣٨).

(٢) ذكره ابن عبد البر عن ابن وهب بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبى ديان عن عمر بن الخطاب به. انظر المغنى (٧/ ٥٢١)، وروى عن الخليفة عمر ـ رضى الله عنه ـ أيضًا أنه تحرى ترك المخطوبة وعدم الحاجة بها فى خطبته لابنة أبى جهل. أخرجه البيهقى فى الكبرى فى النكاح (٧/ ٢٩٣) ح (١٤٠٣٧).

(٣) ثبت فى (أ) (ويتمادى).

(٤) الأم للشافعى (٥/ ٣٢)، روضة الطالبين (٧/ ٣١).

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٥٢١).

فصل

يجوز النكاح على عبد مطلق أو وصيفة مطلقة غير موصوفة ولا معينة، ويجب الوسط من رقيق ذلك البلد، وكذلك على جهاز بيت ويكون لها الوسط من جهاز أهل الحضر أو البادية إن كانت بدوية أو حضرية، وقال محمد بن عبد الحكم: لا يجوز إلا على معلوم مقدور وهو قول الشافعي[1]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء:٢٤]، وقوله: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة:٢٣٧] فعم، وقوله ﷺ: «ما تراضى عليه الأهلون»[2]، ولم يفرق، ولأن النكاح لما لم يكن المقصود منه المعاوضة المحضة، وإنما القصد به المكارمة والمواصلة دون العوض بدليل أنه لا يفسد بفساد العوض ولا بعدم ذكره في العقد بخلاف ما يكون المقصود منه العوض كالبياعات وغيرها مما يقصد به المكايسة والمتاجرة، وجاز أن يسقط تعيينه، وصفته: إذا كان هناك طريق يوصل إليه غيره كما جاز لهذا المعنى السكوت عن ذكره جملة عند العقد.

فصل

إذا شرط المنكح حباء[3] على الخاطب، فإن كان في العقد وعليه وقع العقد، فهو لاحقٌ بالصداق لأن العقد وقع عليه واستحل البضع بالصداق وبه، فإن طلقت قبل الدخول رجع الزوج بنصفه كالصداق، وإن كان ذلك بعد تمام العقد وانبرامه كأنه قال: زوجني على مائة دينار، فقال: قد زوجتك عليها، فقال: الخاطب قبلت، ثم قال له الولي من بعد فبماذا تحبوني؟ قال: بكذا وكذا، فهذا يكون للولي خاصة لا رجوع فيه للزوج ولا للمرأة، لأن ذلك جعل من الزوج للوكيل أو هبة له مستأنفة لم يقع العقد عليها، وكذلك إن كانت الهبة للمرأة أو لبعض أهلها بعد استقرار النكاح غير مشترطة في العقد.

فصل

فأما إن تزوجها على صداق مسمى ثم زادها في الصداق بعد تمام العقد وانبرامه ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف الزيادة كالصداق الأصلي، فإن مات قال ابن القاسم:

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٢٦٤)، الأم للشافعي (٥/ ٥٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الحباء: هو الإعطاء بلا جزاء ولا منّ، القاموس المحيط (٤/ ٣١٥).

لا شىء لها من الزيادة وجعلها كالعطية إذا مات المعطى قبل أن تقبض.

وقال الشيخ أبو بكر وغيره من أصحابنا: القياس يجب أن لها الزيادة بالموت قالوا: لأنه لا يخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو الهبة التى لا تستقر إلا بالقبض، فإن كانت كالمهر وجب استحقاقها بالموت كالمهر، وإن كانت كالهبة وجب أن لا يجب لها نصفها بالطلاق قبل الدخول لتأخر القبض، فلما وجب نصفها دل على أنها فى حكم الصداق.

فصل

نكاح التفويض[1] جائز وصفته: أن يعقدا النكاح ولا يذكرا صداقًا، فالزوج بين ثلاثة خيارات: إما أن يتراضيا على مهر يفرضانه أو يفرضه أحدهما ويرضى به الآخر فيجوز ذلك، أو أن يبذل المثل ويدخل ولا يعتبر رضاها هاهنا، أو أن يطلق ولا يلزمه صداق وليستحب له أن يمتع ومن مات منهما قبل الدخول والفرض، فللآخر الميراث دون الصداق.

فصل

وإنما قلنا: إن نكاح التفويض جائز لقوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة:٢٣٦]، فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسيس، والطلاق المباح لا يكون إلا فى نكاح صحيح ولا خلاف فيه، ولأن النكاح لما كان طريقه المواصلة والمكارمة دون المغابنة والمكايسة جار فيه من التسامح ما لم يجز فى البيوع، وإنما قلنا: إنهما إن تراضيا على شىء من بعد جاز وكان صداقًا لقوله ﷺ: «أدوا العلائق»، قيل: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»[2]، ولأن الحق فيه لا يخرج عنهما فيما زاد على حق الله تعالى الذى لا يجوز تراضيهما على إسقاطه وهو أقل المهور، فما [ترضيا][3] به من شىء يجوز أن يكون عوضًا جاز.

---

(١) هو ما عقد دون تسمية مهره ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد . شرح حدود ابن عرفة (٢٥٦/١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى بعض النسخ (تراضيا) وما أثبتناه من (ب).

فصل

وإنما قلنا: إنهما إذا لم يتراضيا على شيء مقدر كان له أن يدخل بعد بذل صداق المثل من غير اعتبار برضاها، وكذلك لو دخل بها ابتداء لأنه قد ملك الاستباحة بالعقد فليس عليه أكثر من بذل قيمة البضع، وإنما لم نعتبر رضاها لأنها لما ملكته الاستباحة قبل التسمية كان ذلك رضًا منها بفرضه أو بقيمة بضعها.

فصل

وإنما قلنا: إنه إن طلق قبل الدخول والتسمية فلا مهر عليه، لأن المهر لا يستحق إلا بدخول أو بموت بعد تسمية وقد عدما، وأما المتعة فنذكرها فيما بعد.

فصل

وإنما أوجبنا بينهما التوارث إن حصل موت قبل الفرض، لأن النكاح صحيح والتوارث واجب في العقد الصحيح، وإنما قلنا: لا يجب صداق المثل بالموت خلافًا لأبي حنيفة[1] وأحد قولي الشافعي أنه يجب لها مهر المثل[2]، لأنها ماتت قبل الفرض والدخول، فلم تستحق مهر المثل، أصله مع أبي حنيفة الكتابية، ومع الشافعي إذا طلقت قبل الدخول.

فصل

يجوز أن يتزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان خلافًا لعبد الملك لأنه ليس في ذلك أكثر من تقدر الصداق في ثاني حال، فهو في معنى التفويض.

إذا ثبت جوازه نظر، فإن فرض من رد الحكم إليه منهما أو من غيرهم فرضيا به جاز ولزم، وإن لم يتراضيا به فالخيار إلى الزوج إن شاء فرض صداق مثلها ولزمها، وإن شاء طلق ولا مهر عليه كالتفويض هذا إذا تزوجها على حكمه أو حكم أجنبي.

فأما إن تزوجها على حكمها، فلم يتراضيا على شيء فاختلف أصحابنا: فمنهم من

---

(١) قال المرغيناني: (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها، الهداية (١/ ٢٢٢)، الاختيار للموصلي (٣/ ٣٩).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٢٨١).

قال: إن بذل لها صداق المثل لزمها كالتفويض، وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ وأحد قولى ابن القاسم، ومنهم من قال: لا يلزمها الرضا بصداق المثل بخلاف التفويض وهو قول أشهب وقول ابن القاسم الآخر.

ووجه القول بأن ذلك يلزمها اعتباره بنكاح التفويض بعلة أنه عقد سكت فيه عن العوض ليوقع فيما بعد ولتحكم الغير بعلة عدم الرضا بالحكم لو علق بحكم فلان، ووجه القول بأنه لا يلزمه فلأن الحكم توجه إلى جهة فلا يلزمها الرضا بحكم غيرها، كما لو علق بحكم فلان، ولأن تعليق الرضا بحكمها إنما هو احتراز من أن تلزم بما لم ترض به فلو كان ذلك يلزمها لم ينفعها اشتراطها شيئًا.

فصل

إذا أعتق أمته على أن تزوجه من نفسها، فإن أبت[١] لم يلزمها[٢] ذلك[٣] خلافًا لقوم[٤] لأن الإجبار ساقط عنها بعدم الرق والولاية، فكان لها الخيار.

فصل

ومن أعتق أمَته على أن يكون عتقها صداقها لم يجز ذلك لأن الصداق إنما يكون

(١) أى وقلنا: يصح جعل العتق صداقًا ومتى صح انعقد النكاح وهو ظاهر مذهب الإمام أحمد فى رواية الجماعة، وروى ذلك عن الخليفة على ـ عليه السلام ـ وفعله أنس بن مالك، وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن، والحسن والزهرى وإسحاق، والأوزاعى، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٤٢٣)، وأما إذا قلنا بعدم صحة جعله صداقًا وعليه عدم صحة النكاح على ما هو مذهب الثلاثة، ورواية للإمام أحمد فلا يلزمها النكاح وهو ظاهر لكن هل يلزمها قيمة نفسها على قولين، أحدهما: يلزمه قيمة نفسها وهو مذهب الإمام المعظم الشافعى وأومأ إليه الإمام أحمد، والثانى: لا يلزمها شىء وهو قول الإمام مالك وزفر، وذكره موفق الدين المقدسى احتمالاً، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٤٢٥).

(٢) أى: لم يلزم المعتقة الأمة أن تتزوج المعتق السيد.

(٣) أى: التزوج سواء قلنا يصح جعل العتق صداقًا أم لا يصح، وإنما كان ذلك لإنه سلف فى نكاح فلم يلزمها كما لوكان أسلف حرة ألفًا على أن يتزوجها ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٤٢٥).

(٤) والأولى فى هذا الخلاف أن يكون مبنيًا على من جوَّز جعل العتق صداقًا. والذى ألزمها التزوج هو الأوزاعى ذكره الشيخ موفق الدين المقدسى، انظر المغنى (٧/ ٤٢٣).

صداقًا إذا قارن العقد أو صادف عقدًا آخر، فأما [إذا][1] تقدم عليه فلا يصح، والعتق هاهنا متقدم على العقد فلم يكن صداقًا.

فصل

إذا خالعها[2] قبل الدخول على مال تدفعه إليه ولها عليه صداق مسمى، فإن سميا أنه من الصداق جاز وسقط ذلك القدر من صداقها، لأنها قد أخذت عوضًا به وهو الطلاق الذى فى مقابلته، وكان لها نصف الباقى لأنها على الأصل وجوب النصف لها، فإن نصا على أنه من عندها لزمها دفعه إليه من مالها، فلم يكن لها أن ترجع عليه بنصف الصداق لأن دفع شىء من عندها يتضمن ترك حقها من الصداق، فإن لم يرض أن يطلقها إلا بشىء يأخذه منها، وأجابت إلى ذلك كانت عن شىء تأخذه منه أبعد فإن سكتا فلا شىء لها من الصداق عند مالك وأكثر أصحابه، وقال أشهب: ترجع عليه بنصف الصداق، فوجه قول مالك: إن ظاهر سكوتها وإبهامها الخلع بمنزلة النص على أنه من عندها على ذلك هو الأصل ولا يصح إضافته إلى الصداق إلا بأن يعيناه نطقًا، وإذا كان كذلك تضمن سقوط حقها من الصداق كما لو نصت على أنه من عندها، ووجه قول أشهب إن الإبهام يقتضى تعلقه بالذمة ولا يفيد الإبراء من الصداق كالدين، وقول مالك أصح لأنها لو أرادت الرجوع بالنصف لم تلزم ذمتها شىء سواه.

فصل

ولو وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده وهى جائزة الأمر ثم طلق قبل الدخول لم يرجع عليها بشىء خلافًا للشافعى فى قوله: إن له نصف قيمته[3]، لأنه بهبتها الصداق له قد صار ملكًا له، فلو استحق عليها بدل النصف لكان قد حصل له البدل والمبدل وذلك خلاف الأصول.

فصل

وللمرأة أن تمتنع من تسليم [نفسها حتى تقبض الصداق فإن سلمت نفسها ودخل بها

(١) زيادة يتم بها الكلام.

(٢) تقدم تعريف الخلع.

(٣) انظر روضة الطالبين (٧/٣١٦)، الأم للشافعى (٥/٦٧).

وأرادت الامتناع من بعد حتى تقبض الصداق لم يكن لها ذلك خلافًا لأبي حنيفة[١]، لأنه تسليم][٢]، يستقر به البدل، فوجب أن يسقط حكم الامتناع كتسليم السلعة في البيع، ولأن تسليمها نفسها في الابتداء رضًا منها ببقاء المهر في ذمته وامتناعها بعد ذلك رجوع فيما قد تركته.

فصل

إذا انضم إلى النكاح عقد بيع قال مالك وابن القاسم: لا يجوز، وقال أشهب: يجوز، وقال عبد الملك: إذا بقي بعد طرح قيمة البيع مقدار ربع دينار فأكثر جاز[٣]، وجه قول مالك: إن النكاح عقد مخصوص من سائر عقود المعاوضات بأحكام العوض لا يوجد في غيره من العقود، فوجب أن ينضم إليه عقد غيره كالصرف والقراض، ولأنه يجوز أن يكون العوض في مقابلة البيع فيعرى البعض من عوض ويكون ذلك ذريعة إلى إباحة وإسقاط المهر واعتبارًا به إذا لم يبق قسط من العوض، ووجه قول أشهب: أنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر، وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو تزوجها على حكم زيد، ووجه قول عبد الملك: أن المنع خيفة أن يعرى النكاح من عوض، فإذا أمن ذلك جاز.

فصل

وإذا اختلفا في قدر الصداق نظر: فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا وبدئت باليمين[٤]، لأنها أقوى سببًا، لأن الأصل معها: وهو أن منافع بضعها غير مملوكة عليها إلا بما تقر به أو يثبت ذلك لمدعيه عليها، فإن حلفت قيل للزوج: إما أن تحلف ويسقط عنك الصداق الذي ادعته أو تكون بالخيار بين أن تدفع إليها ما حلفت عليه، فتدخل بها شاءت أو أبت وبين أن تطلق ولا يلزمك شيء أو أن تنكل فيلزمك ما حلفت عليه، لأنه قد اجتمع لها سببان مؤثران في الحكم: يمينها ونكول الزوج[٥]، وهذا إن حلفت، فأما إن نكلت فيحلف الزوج ويكون له ما يدعيه، وإن كان بعد الدخول فالقول قول

(١) الاختيار للموصلي (٣/٤٨)، الهداية للمرغيناني (١/ ٢٣٠).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) انظر المدونة الكبرى (٢/ ١٧٠).
(٤) المدونة الكبرى (٢/ ١٨٢).
(٥) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٥٥٧).

الزوج مع يمينه لقـوة سببه بالتصـرف فيما عقد علـيه، ولأنها لما سلمت نفسهـا من غير إشهاد عليه كان ذلك رضًا منها بأمانته، فإن نكل حلفت فاستحقت ما ادعته وذلك مبنى على اختلاف المتبايعين وهو مذكور فى البيوع.

فصل

وإن اختلفا فى قبض الصـداق فالقول قولها فى ذلك قبل الدخول، فـأما بعده فينظر فى البلد الذى هما فيه، فإن كان هناك عـرف متقرر وغالب بدفع الصداق وأن الزوج لا يمكن من الدخول إلا بعد إيفائه: فالقول قول الزوج، وعلى هذا حمل أصحابنا إطلاق مالك رحمـه الله الجواب فى هذه المسألة، لأن العرف كـذلك كان عندهم بالمدينة إلا أن يكون معها ذكر حق فيكون القول قولها، لأن العرف معه بتبقية ذكر الحق فى يدها، لأن العـرف جار بأخـذه منها بعـد إيفائه الحق وأنهـا لا تسلمـه إلا إذا استـوفتـه، وإن كان موضعهما لا عرف فيه متـقرر فالقول قولها، وقال أبو حنيفة[1] والشافعى: القول قولها جملة بغير تفصيل[2]، فدليلنا قوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩] فعم، ولأن اليمين فى الأصـل متوجهة على أقـوى المتداعيين سببًا، والزوج فى هذا الموضع أقوى سببًا لشهادة العـرف له كمـا كان قبل الدخـول القول قولهـا لقوة سـببهـا عليه، وبالله التوفيق.

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٢٣٠).

(٢) الأم للشافعى (٥/ ٦٤)، المهذب للشيرازى (٢/ ٦٢).

باب

إذا وجد بالمرأة عيب يؤثر فى المعنى المقصود بالنكاح ويمنع الالتذاذ واستيفاء الاستمتاع فالزوج بالخيار إذا علم بذلك قبل الدخول إن شاء ثبت على النكاح ودفع الصداق ودخل، وإن شاء فارق ولا صداق عليه، وهذه العيوب أربعة وهى: الجنون، والجذام[1]، والبرص[2]، وداء الفرج وهو: القرن[3]، والرتق[4] وما فى معناهما، وقال أبو حنيفة: لا ترد بشىء من ذلك[5]، ودليلنا ما روى: أنه ﷺ تزوج امرأة من بنى بياضة، فوجد بكشحها بياضًا فردها، وقال: «دلستم علىّ»[6]، ولأن ذلك مروى عن عمر وعلى[7] ولا مخالف لهما، وما يروى عن ابن مسعود من قوله: لا ترد الحرة بعيب، محمول على ما عدا هذه العيوب، ولأن لا يسلك بها سبيل الأمة المبيعة، ولأنها عيوب تؤثر فى استيفاء الاستمتاع المقصود وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معه الخيار إذا دخل على السلامة، أصله الجب[8] والعنة[9]، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يثبت فيه الخيار متى وجد الجنون فى المعقود عليه كالبيع.

---

(١) قال الفيروزآبادى: (والجذام علة تحدث من انتشار السوداء فى البدن كله فيفسد مزاج الأعضاء وهيئاتها وربما انتهى إلى تأكل الأعضاء وسقوطها عن تقرح)، القاموس المحيط (٤/٨٨).

(٢) هو بياض يظهر فى ظاهر البدن لفساد، القاموس المحيط (٢/٢٩٥).

(٣) القرن شىء يبرز فى فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالبًا فيمكن علاجه عادة، الشرح الكبير فى حاشية الدسوقى (٢/٢٧٨).

(٤) هو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٢/٢٧٨).

(٥) قال الموصلى: (ولا خيار لأحد الزوجين فى عيب إلا فى الجب والعنة والخصاء)، الاختيار (٣/٢٨).

(٦) أخرجه أحمد فى المسند (٣/٥٩٩) ح (١٦٠٣٨)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: جميل ضعيف، انظر مجمع الزوائد (٤/٣٠٣).

(٧) ذكره الحافظ ابن حجر وعزاه إلى سعيد بن منصور، انظر تلخيص الحبير (٣/٣٠٢).

(٨) الجبُّ هو قطع الذكر مع الأنثيين، الشرح الكبير فى حاشية الدسوقى (٢/٢٧٨).

(٩) تقدم بيانها.

فصل

إذا ثبت أنه بالخيار على النكاح لزمه المهر كاملاً لأن الفسخ حق له؛ فإذا رضى بالعيب فقد أسقط حقه من الفسخ ورضى ببذل الصداق فكان له ذلك، كالمبتاع إذا وجد بالمبيع عيبًا، فإن فارق قبل الدخول فلا صداق عليه، لأنه دخل على السلامة، وأن يبذل الصداق مع التمكين من الاستمتاع، فإذا لم يقدر على ذلك لم يلزمه، ولأن الفسخ هاهنا من قبل المرأة لأن العيب المانع من الاستمتاع من جهتها، وإذا كان الفسخ قبل الدخول من جهة المرأة لم تستحق شيئًا من الصداق.

فصل

وإن لم يعلم بذلك حتى دخل فحق الخيار ثابت له، لأنه لم يوجد منه رضًا به فلم يسقط خياره، ويدفع العوض من الاستمتاع لأنه لا يجوز أن يعرى منه ثم ينظر فيمن غره فيرجع عليه بالمهر الذى سماه أو غيره مما يدفعه لأنه إن كان سمى مهرًا لزمه المسمى، وإن لم يكن سمى شيئًا فصداق المثل وإن كان الذى عقد له وليًا يعلم منه أنه غره؛ وإن كان يعلم ذلك منها فدلسه عليه - مثل الأب فى البكر أو الأخ - فإنه إذا أدى الصداق رجع عليه بجميعه، فإن كان ابن عم أو مولى أو من العشيرة أو السلطان أو من لا يظن به علم ذلك لم يرجع عليه، ويرجع به على المرأة نفسها ويترك لها ربع دينار أو ثلاثة دراهم، خلافًا للشافعى فى قوله: لا رجوع له على الولى ولا على المرأة على كل وجه[1]، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: «أيما رجل نكح امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها، وذلك لزوجها غرم على وليها»[2]، ونحوه عن علىّ رضى الله عنه[3]، ولا مخالف لهما من الصحابة، ولأننا لو قلنا: إنه لا رجوع له عليها لألزمناه بذل العوض من غير أن يحصل له فى مقابلته الاستمتاع الذى دخل عليه لأنه دخل على التأبيد لا على مرة واحدة.

فصل

إنما قلنا: إنه يترك لها قدر ربع دينار لئلا يخلو الاستمتاع من بذل، ولا يجوز أن

(١) انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٥٠)، الأم للشافعى (٥/ ٧٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

يستباح الفرج بعقد نكاح إلا بعوض، وإنما قلنا: إنه إذا رجع به على الولى رجع بجميعه ولم يترك له شيئًا أصلاً لأن المرأة يحصل لها المهر كاملاً: لأن الولى إذا غرمه للزوج لم يرجع به عليها فليس فى ذلك غرر، ولا بد للاستمتاع من عوض يحصل للمرأة.

فصل

وللمرأة إذا وجدت ذلك بالرجل من الخيار مثل ما للرجل، لقوله تعالى: ﴿**ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف**﴾ [البقرة:٢٢٨]، ولأن لها حقًا فى الاستمتاع، فإذا وجدت مانعًا منه أو من كماله كان لها الخيار كالرجل واعتبارًا بالجب والعنة، واختلف عنه فى البرص، والصحيح أن الرد يثبت لها معه اعتبارًا بالجذام، وهذا إذا وجد به قبل الدخول وبعده، فإن اختارت الفسخ قبل الدخول، فالمهر له لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً لاستمتاعه بها ولاستقراره لها بالدخول.

فصل

إذا تزوجا سليمين ثم حدث لهما أو بأحدهما بعض هذه العيوب، فإن كان قبل الدخول نظر، فإن حدث بالمرأة فلا رد للزوج وهو بالخيار إن شاء دخل وكمل لها المهر، وإن شاء طلق ولزمه نصفه خلافًا للشافعى فى أحد قوليه: إنه يطلق ولا يلزمه شىء[1]، لأنه عقد على منفعة مستدامة غير موفية تتناول معقودًا عليه سليمًا حين العقد، فلم يكن حدوث عيب فى المستأنف موجبًا له الخيار، ولأنه لم يكن هناك تدليس ويفارق الإجارة لأنها مؤقتة محصورة، وإن كان بها ذلك بعد الدخول فلها المهر كاملاً وحكمه كحكمه لو لم يحدث بها شىء، وإن كان حدث ذلك بالزوج، فإن كان قبل الدخول فلها الخيار، ويبقى أن تقيم معه أو تفارقه ولا شىء لها لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعد الدخول فخيارها ثابت، وقد استحقت الصداق كله بالدخول، والفرق بينها وبين الزوج فى إثبات الخيار لها ونفيه عن الزوج فيما يحدث بعد العقد أنها لا تقدر على رفع العقد، فلو لم يثبت لها الخيار لأدى ذلك إلى استدامة الضرر بها، والزوج بيده رفع العقد فلم يكن له خيار.

فصل

ولا ترد إذا وجدت عمياء أو عوراء أو قطعاء أو سوداء أو محدودة أو ولد زنا أو ما

(١) الأم للشافعى (٥/ ٧٥)، المهذب للشيرازى (٢/ ٤٨).

سوى العيوب الأربعة [وما في معناها][1]، لأن كل هذه العيوب لا تمنع الاستمتاع ولا استيفاء المقصود بالعقد إلا أن يشترط السلامة فيكون له الرد ولا يلزم الولي إخباره بذلك ولا بأنها [كانت][2] زنت أو قذفت، فحدت أو سرقت فقطعت ، لأن كل ما لا يوجب له الرد لم يلزم الولي إخباره به كما لا يلزمه إخباره بأنها قد سافرت أو كان لها زوج قبله أو عدة أزواج، وما أشبه ذلك مما لا توجبه الولاية.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

والعيوب التى توجد بالزوج خاصة تمنع الوطء وتوجب الخيار للزوجة أربعة وهى: الجب والخصاء والعنة والاعتراض، فالمجبوب هو المقطوع ذكره وأنثياه.

والخصى هو المقطوع منه أحدهما، فإن كان مقطوعهما كان مجبوبًا، وقد يسمى خصيًا أيضًا إلا أن اسم الجب أغلب عليه، والعنين هو الذى له ذكر شديد الصغر لا يمكنه الجماع ولا يأتى منه انتشار يولج به لصغره.

والمعترض هو الذى لا يقدر على وطء المرأة لعلّة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء، وربما كان قد وطئ قبل ذلك وربما اعترض عن امرأة ولم يعترض عن أخرى وأصحابنا يسمون هذا العنين تجوزًا، وتشبيهًا بالعنين الذى وصفناه وكذلك من تقدم من الصحابة والتابعين وحقيقة اسمه المعترض كذلك زعم ابن حبيب.

فإذا تزوجت المرأة على السلامة فوجدت به أحد هذه العيوب كان لها الخيار على الوصف الذى نذكره، أما المجبوب والخصى فلها الخيار بين أن تقيم معه أو تفارقه لعدم الاستمتاع منه، لأن لها حقًا فى الاستمتاع، فإذا عدم منه لم تجبر على الرضا، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٢٨]، ولأنه لو آلى منها لكان لها توقفه وتطالبه مع الامتناع بالفراق مع قدرته على الوطء، فكان فى الخصى والمجبوب أولى، ولأنه لما كان له الخيار مع الرتق والقرن لعدم الاستمتاع المقصود بعقد النكاح مع إمكان تخلصه منه بالطلاق كان بأن يكون لها الخيار فى هذه المواضع أولى.

فصل

فإن كان الخصى قائم الذكر يمكنه أن يطأ إلا أنه لا ينزل فلها الخيار أيضًا لأن وطأه ناقص عن الكمال فكان لها الخيار، فإن ثبت المقام معه سقط خيارها، وكذلك إن أمكنته بعد علمها بعيبه من تقبيل ولمس أو تلذذ بمباشرة فلا خيار لها، وإن اختارت فراقه فلا صداق لها لأن الفراق من قبلها.

فصل

فأما العنين ـ ويريد به المعترض عن امرأته ويصح منه الوطء ويرتجى زوال الاعتراض

عنه - فلزوجته الخيار بين أن تقيم معه أو تفارقه، وذلك بأن يُضرب له الأجل من يوم ترفعه إلى الحاكم: للحر سنة، وللعبد ستة أشهر، فإن أصاب فى مدة هذا الأجل وإلا طلق عليه إن اختارت ذلك خلافًا لداود فى قوله: إنه لا يؤجل[1]، لأن ذلك إجماع الصحابة، وروى عن عمر وعثمان وعليّ وابن مسعود[2] وغيرهم رضى الله عنهم، ولا مخالف لهم واعتباراً بالخصاء والجب.

وإنما قلنا: إن الأجل سنة لما رويناه عن الصحابة، وللمعنى وهو أن الاعتراض مرض من الأمراض يرجى زواله ولا يتيقن لزومه، والمقصود بضرب الأجل إمهاله مدة يعالج نفسه فيها ويجتهد فى زوال هذا العارض عنه، وليس كالجب والخصاء اللذين لا يرجى زوالهما، فوجب أن يكون المضروب له من المدة قدراً من الزمان يتمكن فيه من ذلك، فكانت السنة أولى ما ضرب له لأن ذلك إن كان من مرض يؤثر فيه الزمان، فالسنة تجمع الفصول الأربعة، فلعله بالانتقال إلى زمان آخر يزول عنه، ولأنها قد جعلت هذا فى النكاح وغيره ولاختبار أمور يحتاج إلى اختبارها منها طول إقامة البِكر عند الزوج وعودها بكراً وعهدة الرقيق فى الأدواء الثلاثة وغير ذلك.

واختلف فى أجل العبيد: [فقيل: سنة، وقيل: ستة أشهر][3]، فوجه القول بأنه سنة اعتباراً بالحر، ولأن الغرض بذلك اختباره فى تأثير الأزمنة فى مرضه، وذلك يستوى فيه الحر والعبد.

ووجه القول بأنه ستة أشهر أنه يقربه من الفراق كأجل الإيلاء.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل من يوم ترفعه لا من يوم تزوجته أو علمت به بخلاف المولى، لأنه حق لها لا تستحقه وهو مفتقر إلى اجتهاد الحاكم بخلاف المولى، ولأن المولى لا عذر له فى أن يستأنف الأجل لأن قصده الإضرار وللمعترض بخلافه لأنه يقول: إنى معذور بترك العلاج لأنى لم أعلم أنها ترافعنى، فكنت أقدم الاجتهاد فى ذلك.

---

(١) حكاه ابن قدامة فى المغنى وعنه وعن الحكم بن عتيبة فقال: (وشذ الحكم بن عتيبة وداود فقالا لا يؤجل وهى امرأته)، المغنى (٧/٦٠٣).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧/٣٦٨-٣٦٩-٣٧٠)، ح (١٤٢٨٩) - ١٤٢٩٠ - ١٤٣٠٠).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب) و (هـ).

فصل

ولا يحكم بعنته بدعواها إذا أنكر، خلافًا لأحمد بن حنبل[١] لأن الأصل السلامة، ولأن الدعوتين إذا تعارضتا وإحداهما تقتضى رفع العقد أو إثبات خيار فيه، فالقول قول مدعى الصحة والاستقرار، كدعوى المشترى عيبًا بالمبيع أو استحقاق الخيار، وكذلك إذا ضرب له الأجل وخلى بينه وبينها فادعى أنه وطئ فأنكرت، فالقول قوله مع يمينه إن كانت ثيبًا خلافًا للأوزاعى، لأنها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر، ولأن ذلك موكل إلى أمانته، ولأنه لا يقدر على الإشهاد على وطئه إياها كما كان القول قولها فى تداعيهما المسيس، فإن حلف فهى امرأته على حالها وإن نكل أحلفت فإن حلفت فرق بينهما إن شاءت لاجتماع شيئين مؤثرين فى الحكم، وإن نكلت سقط حقها من الخيار هذا حكم الثيب، فأما البكر ففيها روايتان:

إحداهما: أنها كالثيب لأن ادعاء المعترض كالوطء فى الأجل موكول إلى أمانته كالثيب.

والأخرى: أنه ينظر إليها النساء فإن قلن: نرى أثر إصابة فالقول قوله، وإن قلن: إنها على حالها صدقت عليه، ووجهها أنا إذا وجدنا طريقًا يوصل إلى العلم بذلك يقينًا كان أولى من الرجوع إلى أمانته وما لا يعلم صدقه فيه وهو مما للنساء فيه مدخل، هذا كله إذا اعترض عنها ولم يطأها قبل الاعتراض، فأما لو وطئها قبل الاعتراض دفعة واحدة ثم اعترض عنها فلا خيار لها.

فصل

إذا حل الأجل وتقارى[٢] على عدم الوطء واختارت الفسخ، فإنه يؤمر بالطلاق، وله أن يوقع ما شاء، فإن امتنع؛ الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق خلافًا للشافعى[٣]، لأنه

---

(١) ليس هذا قولاً واحدًا ولكن الإمام رضى الله عنه. فرق بين ما إذا كانت المرأة بكرًا أو ثيبًا فقد قال موفق الدين: (إن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها وإن كانت ثيبًا فالقول قوله مع يمينه فى ظاهر المذهب لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة) المغنى (٧/ ٦٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٤٩).

(٢) أى استقرا على عدم إمكانية الوطء.

(٣) المهذب للشيرازى (٢/ ٤٩)، روضة الطالبين (٧/ ١٩٨).

فسخ مجتهد فيه ليس بغالب كالفـرقة بإعسار الصداق والنفقة وتكون طلقة واحدة، لأن الغرض يتـم بها فلا فـائدة فى الزيادة عليهـا، وتكون بائنة لأنه مطلق قـبل الدخول ولا رجعة له لاعـترافه بأنها لا تجب له وعليـها العدة إذا خلى بها لأنهـا حق الله تعالى، فلا يقبل اتفاقهما على إسقاطها.

فصل

وفى تكميل الصداق روايتان: إحداهما أنه يكمل ، والأخرى إنه إن طال مقامه معها وتلذذه بها واستمتاعه بها استمـتاع مثله بما يمكنه كمل عليه، وإن كان بحدثان دخولها، ولم يطل أمرها معه لزمه نصفه، فوجه الإطلاق أنها فعلت ما يلزمها من التمكين فعجزه عن استيفاء حـقه لا يسقط ما وجب لها، ووجه التفصـيل أنه دخل على أن يستمتع بلا وطء فلا يجوز أن يكمل عليه الصداق من غير اسـتيفائه كما لو حبس بمرض أو سجن، فإذا كانت إقامته وتلذذه منها، فقد استمتع بغاية ممكنة فأشبه السليم إذا وطئ.

فصل

إذا طلق عليـه بالعنة ثم تزوجتـه بعد ذلك عـالمة بعنته، فلهـا أن ترفعـه وتضرب له الأجل ثانية ولا يقطـع خيارها علمـها بذلك بخلاف الخـصى والمجبوب لأن الاعـتراض مرض من الأمراض يرجى زواله، فإذا تزوجتـه أمكن أن يكون قد زال مرضه عنه، فلم يوجب ذلك رضاها به لا محالة، والجب والخصاء أمـر ثابت غير زائل فلا يقدم عليه إلا مع الرضا به.

باب

ومتعة الطلاق[1] مستحبة غير مستحقة ولا يجبر عليها من أباها خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3] لأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب بدليل سقوط نصف المهر المسمى قبل الدخول، ولأنه نوع من البينونة كالموت، ولأن الحقوق التى يتعلق وجوبها بالنكاح للمرأة لا بد أن تكون معتبرة بها وبالزوج كالمهر والنفقة، فأما بالرجل وحده فليس فيها.

فصل

وهى لكل مطلقة كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها إلا المطلقة المفروض لها قبل الدخول والملاعنة والمختلعة، وإنما قلنا: إنها لكل مطلقة لقوله تعالى: ﴿ومتعوهن﴾ [البقرة:٢٣٦] فعم، وقوله: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف﴾ [البقرة:٢٤١] ولم يخص، ولأنه ضرب من التسريح بالجميل والإحسان.

فأما المطلقة التى قد فرض لها ولم يدخل بها، فإنه لما سقط نصف المهر المسمى لها بالطلاق وهو آكد من المتعة امتنع أن يجب لها شىء مستأنف.

وأما الملاعنة فإنما لم يكن لها متعة لأن تسريحها على غير الجميل بل على نهاية القبيح، ولأنها غير مطلقة، والمختلعة قد دفعت شيئًا عندها أو أسقطت واجبًا كان لها، فامتنع أن يلزم لها شىء مستأنف.

---

(١) هو ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها، شرح حدود ابن عرفة (١/٢٦٩).

(٢) قال المرغينانى: (لو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره﴾ الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعًا إلى الأمر وفيه خلاف مالك رحمه الله)، الهداية (١/٢٢٢)، الاختيار (٣/٣٩).

(٣) قال الشيرازى: (إن طلقت المرأة لم يخل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده فإن كان قبل الدخول نظرت فإن لم يفرض لها المهر وجب لها المتعة وإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة)، المهذب للشيرازى (٢/٦٣).

باب

والنفقة واجبة للزوجة بالعقد والتمكين من الاستمتاع، والأصل في وجوبها قوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٢٨]، وقوله: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٣٣]، وقوله ﷺ: «تقول امرأتك أنفق عليّ أو طلقني»[١]، ولأن الزوجية عقد على منافع والنفقة في مقابلة استدامة تلك المنافع.

فصل

ولا تجب النفقة إلا بالدخول أو بأن يدعى إليه، وأن يكون الزوج بالغًا، وهي ممن يستمتع بمثلها ويمكن وطؤها وإن لم تبلغ، ولا نفقة لناشز، وإنما شرطنا في وجوبها أن يدخل أو أن يدعى للبناء لأنها في مقابلة التمكين من الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها، فإذا حصل الدخول فقد حصل ما هي عوض عليه، وكذلك التمكين منه لأنه إذا حصل كان الامتناع من جهته فلا يلزم المرأة شيء منه، وإنما شرطنا أن يكون الزوج بالغًا خلافًا لأبي حنيفة[٢]، ولأحد قولي الشافعي[٣]، لأن الصغير لا يتأتى منه الاستمتاع الذي يعاوض عليه لصغره، وهي في مقابلته، وإنما شرطنا أن تكون ممن يوطأ مثلها خلافًا للشافعي في إسقاطه اعتبار ذلك في أحد قوليه[٤]، لأن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض عليه لقصورها عن بلوغه، وإنما قلنا: إنها إذا كانت تطيق الوطء لزمته النفقة عليها، وإن لم تكن بالغًا لأن المعنى الذي يعاوض به في النفقة موجود كالبالغ، وإنما قلنا: لا نفقة لناشز خلافًا لما يحكى عن ابن عبد الحكم إن صح، لما بيناه في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه، فإذا عدم التمكين لم تجب كالثمن والمثمن في البياعات.

---

(١) أخرجه البخاري في النفقات (٩/ ٤١٠) ح (٥٣٥٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٣٣٨) ح (٧٤٤٧)، وعزاه الحافظ السيوطي لابن خزيمة، انظر الدر المنثور (١/٢٥٣).

(٢) قال الموصلي: (ولو كانت كبيرة والزوج صغير فلها النفقة وبالعكس لا)، الاختيار (٣/ ١٦٠)، الهداية للمرغيناني (٢/ ٣٢١).

(٣) انظر الأم للشافعي (٥/٧٨).

(٤) الأم للشافعي (٥/٧٨).

فصل

الاعتبار بالنفقة بحال الزوجين معًا فيفرض لها كفايتها على ما يرى من قدرها وقدر زوجها من اليسر والعسر وليست بمقدرة خلافًا للشافعي في قوله: إنها مقدرة لا اجتهاد للحاكم فيها ومعتبرة بحال الزوج وحده، فعلى الموسر مدّان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد[1] لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٣٢]، وذلك يقتضي مراعاة حالهما جميعًا، وقوله ﷺ لهند لما قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح، وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2]، فردها إلى العلم بمقدار كفايتها ولم يقدر بحد، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع، فلما وجب أن تبذل له من الاستمتاع قدر كفايته بالمعروف، فكذلك يلزمه بذل النفقة لها.

فصل

إذا كان مثلها لا يكفيها خادم واحد، وحاله تحمل لزمه أن يخدمها خدمة مثلها، خلافًا لأبي حنيفة[3] والشافعي[4]، لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء:١٩] ولأنه لما وجب إخدامها بالواحدة لحاجتها إليها كذلك إذا احتاجت إلى اثنين.

فصل

إذا أعسر بالنفقة ولم ترض المقام معه ضرب له أجل وتُلُوِّمَ في أمره فقيل: شهر، وقيل: الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها، فإن أنفق وإلا طلقت عليه إلا أن تكون تزوجته فقيرًا تعلم أن لا مال له فلا يكون لها مفارقته بعسر، وإنما قلنا: إنه يفارق بإعسار النفقة خلافًا لأبي حنيفة[5]، لقوله تعالى: ﴿ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾ [الطلاق:٦]، وفي

---

(١) المهذب للشيرازي (٢/ ١٦١)، الأم للشافعي (٥/ ٧٩).

(٢) أخرجه البخاري في النفقات (٩/ ٤١٤) (٥٣٥٩)، ومسلم في الأقضية (٣/ ١٣٣٨)، ح (٧/ ١٧١٤).

(٣) في قوله (إن الواحد يكفي لذلك فلا حاجة إلى اثنين حتى قيل لو كفاها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم)، الاختيار للموصلي (٣/ ١٥٨)، الهداية للمرغيناني (٢/ ٣٢٢).

(٤) في قوله أيضًا «وليس عليه نفقة أكثر من خادم»، الأم للشافعي (٥/ ٧٨).

(٥) في إنها لا تفارقه قال المرغيناني: (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) الهداية (٢/ ٣٢٢)، الاختيار للموصلي (٣/ ١٦١).

إمساكه إياها بغير إنفاق إضرار بها وتضييق عليها، وقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة:٢٢٩]، وقوله ﷺ: «تقول امرأتك أنفق علىّ أو طلقنى»[١]، ولأن النفقة فى مقابلة الاستمتاع، فلما كانت إذا نشزت لا نفقة لها لمنعها الاستمتاع كذلك إذا لم تجب النفقة من جهته، فلها مفارقته، ولأنها لما كان مفارقته فى الإيلاء والعنة وضررهما أيسر من ضرر النفقة، فكان فى عدم النفقة أولى.

فصل

وإنما قلنا: يضرب له أجل ليتبين أمره ويصح إعساره لأنه لا يجوز أن يطلق عليه بإعسار المدة القريبة كاليوم واليومين، لأن ذلك لا يضر الإضرار الشديد، ولا يكاد يخلو أحد منه، وإنما الذى يؤثر ما يستدام من ذلك، واختلاف قوله فى مدة الأجل يرجع إلى ما يختبر أمره فيه على ما يشاهد من حاله.

فصل

وإنما قلنا: إنها إذا تزوجته فقيراً تعلم بحاله فلا مفارقة لها لأنها راضية بعيبه فقد أقدمت على بصيرة ومعرفة بحاله، كمشترى السلعة عالمًا بعيبها.

فصل

وطلاق المعسر بالنفقة إن كان بعد الدخول رجعى، فإن أيسر فله الرجعة، لأن الفرقة إنما كانت من أجل الضرر، فإذا زال كانت الرجعة كما لو زال قبل الفرقة لم يكن لها المطالبة بالفرقة ورجعت معتبرة باليسر، فإن وجد منه صحت، وإن راجع معسراً لم تصح، فإن كان قبل الدخول مثل أن يدعى إلى البناء فلا يبنى ولا يجد ما ينفق فالطلاق بائن.

فصل

الإعسار بالصداق أن يوجب لها الفرقة إذا طلبت بذلك بعد ضرب الأجل على حسب ما يرجى له من زوال الإعسار خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لأن لها أن تمنع نفسها حتى

---

(٤) تقدم تخريجه.

(٢) الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٢٢)، والاختيار للموصلى (٣/ ١٦١).

تقبض الصداق، كما أن للبائع أن يمنع إقباض السلعة حتى يقبض الثمن، ففى منع المفارقة إضرار بها لأنها إما أن تلزم إضراره أو تسليم البضع إليه والرضا بذمته، وكل ذلك غير واجب، واعتبارًا بإعسار النفقة، ولأن تعذر الاستمتاع من جهته إذا أدى إلى الضرر وجب لها الخيار كالعنة والإيلاء.

باب

المريض المخوف عليه لا يجوز له أن يتزوج خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٢] لأنه محجور عليه فى ماله أن يخرجه على غير عوض فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة، والنكاح يتضمن هذا المعنى لأنه يوجب المهر والنفقة ولا حاجة به إلى الوطء فيجب منعه منه، ويدل على ثبوت الحجر أنه ممنوع من الهبة والصدقة وما يفعله من ذلك يوقف على الثلث، ولأن طلاقه غير مانع من الميراث لأن فيه إخراج الوارث عن الميراث وفى تزويجه هذا المعنى.

فصل

إذا ثبت أنه غير جائز فإنه يفسخ إذا وقع لأن كل نكاح غير جائز فيجب فسخه، والظاهر من قوله: إنه يفسخ بطلاق لأنه مفتقر إلى اجتهاد ولقوله الخلاف فيه، وسواء دخل أو لم يدخل لأن الدخول لا يصحح العقد الفاسد، فإن لم يدخل فسخ ولا شىء لها، وإن دخل فلها الصداق من ثلثه لفساد العقد، وإن لم يكن سمى لها فلها صداق المثل لأنه قيمة البضع، وإن كان هناك مسمى نظر، فإن كان مثل صداق المثل أو أقل كان جميعه لها، وإن زاد عليه ففيه روايتان مبنيتان على وجوب التوارث إن مات قبل الفسخ: إحداهما أنه ليس لها إلا بقدر صداق المثل لأنا إن زدناها على ذلك لم تخل أن تكون وارثة أو غير وارثة، فإن كانت ترثه كان ذلك وصية لوارث، وإن كانت لا ترثه كان ذلك إخراج مال على غير عوض، والأخرى أن لها الجميع لأنها ليست بوارثة، فأكثر ما فى هذا الباب أن يكون وصية لغير وارث.

فصل

وفى ثبوته على النكاح إن صح روايتان مبنيتان على أصل هو فساده هل هو فى عقده أم لمعنى غير عقده، فإذا كان فساده فى عقده لم يصح الثبوت عليه، وإذا قلنا: إن فساده

---

(١) قال الإمام النووى: (وإن كان به مرض أو عجز بجب أو تعنين أو كبر كره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة) روضة الطالبين (١٨/٧)، مغنى المحتاج (١٢٦/٤).

لحق الورثة صح بعد زوال المرض لزوال حقوقهم منه كنكاح العبد بغير إذن سيده وهذا اعتلال عبد الملك.

فصل

واختلف فى نكاحه الأمة والكافرة، فقال أبو مصعب: يجوز لأن الذى لأجله منعنا نكاح الحرة المسلمة أن فيه إدخال وارث على ورثته، وذلك معدوم هاهنا، وقال عبد الملك: لا يجوز لأن الأمة قد تعتق والكافرة قد تسلم قبل الموت فيصيران من أهل الميراث.

فصل

وطلاقه لا يمنع الميراث خلافًا للشافعى[1]، لأنه مروى عن عمر وعثمان وعلىّ وأُبى بن كعب وابن الزبير[2] ولا مخالف لهم، ولأنه محجور عليه على ما ذكرناه لحقوق الورثة، وذلك يمنع أن يملك إزالتهم عما أوجب الحجر لهم.

فصل

وسواء مات فى العدة أو بعد انقضائها خلافًا لأبى حنيفة[3]، لأن الميراث إنما يثبت لها لأن الطلاق صادف سببه وهو ثبوت الحجر عليه من أجلها، فلا فرق بين بقاء العدة وزوالها لوجوب الميراث لها بحصول السبب الذى هو الحجر.

فصل

وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده خلافًا لأبى حنيفة[4] لأنها مطلقة فى المرض ثبت لها حق الحجر عليه، فإذا مات فيه ورثته مع سلامة الحال، أصله المدخول بها.

---

(١) قال النووى: (طلاق المريض فى الوقوع كطلاق الصحيح ثم إن كان رجعيًا بقى التوارث بينهما ما لم تنقض عدتها) روضة الطالبين (٨/ ٧٢).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٧١ ـ ٥٧٢)، ح (٤٠ ـ ٤٣)، والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٥٩٣) ح (١٥١٢٥).

(٣) قال الموصلى: (ومن أبان امرأته فى مرضه ثم مات ورثته إن كانت فى العدة وإن انقضت عدتها لم ترث) الاختيار (٣/ ١٠٢).

(٤) فى أنه قيده بالمدخول بها فقط. الاختيار (٣/ ١٠٢) الهداية للمرغينانى (٢/ ٢٨١).

فصل

وترثه إن تزوجت خلافًا للشافعي في بعض أقاويله[١]، لأن الميراث إنما وجب لها بإخراجه إياها منه بعد ثبوت حق الحجر لها عليه، وهذا موجود مع تزويجها، فلم يكن لاعتبار التزويج معنى كما لم يكن لاعتبار العدة معنى.

فصل

وإذا صح من مرضه ثم مات فلا ترثه على أي وجه كان خلافًا لزفر[٢]، لأنه إذا صح فقد زال الحجر عنه فصار كمن طلق في الصحة.

فصل

ولو سألته الطلاق وهو مريض فطلقها أو خالعها ورثته خلافًا لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]، لأن عثمان رضي الله عنه حكم بذلك في تماضر بنت الأصبغ زوجة عبدالرحمن بن عوف، وكانت عنده على طلقة فسألته في شكوته الذي مات فيه أن يطلقها تطليقة هي آخر طلاقها فورَّثها عثمان منه[٥]، ولم ينكر ذلك عليه أحد، ولأنها مطلقة في المرض كالتي لم تأذن، ولأن الإنسان قد يضيق على زوجته حتى تسأله الخلع فحسم الباب بتوريثها، ولأن الإذن في إخراجها من الميراث بعد ثبوت سببه لا يؤثر كما لو قالت: لست أرثك.

فصل

وإن ماتت هي لم يرثها لأنها لم تخرجه هي عن الميراث وليست محجوراً عليها لأجله فافترق بحكم موته وموتها.

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٧٣)، الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٦٦).

(٢) قال زفر: (ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة) الهداية للمرغيناني (٢/ ٢٨٣).

(٣) قال المرغيناني: (وإن طلقها ثلاثًا بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) الهداية (٢/ ٢٨١)، الاختيار للموصلي (٣/ ١٠٢).

(٤) الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٢٦٦)، روضة الطالبين (٨/ ٧٣).

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

وعدتها عدة طلاق لأنها قد بانت منه بالطلاق دون الموت، وإنما قطع المرض من أحكام المبتوتة انتفاء الإرث فقط.

فصل

ولا يجوز نكاح المولى عليه إلا بإذن وليه، وهو السفيه المبذر لماله لأنه الناظر له والقائم بأمر مصالحه وهو غير عارف بحظوظه، فقد يفعل ما يكون عليه فيه ضرر فى ماله وإضاعته فيزول معنى الحجر عليه، فإذا رأى له السداد جاز إذنه له، وإن تزوج بغير إذن فإن رآه حظًا أمضاه وإن رآه عليه ضررًا فسخه، وكان فسخه طلاقًا، وإن تزوجها من بعد بقيت عنده على طلقتين، وإن فسخ قبل الدخول فلا شىء لها وبعده ينزع منها المهر ويترك لها ربع دينار، ولا تتبعه بعد فك حجره بخلاف العبد لأن هذا محجور عليه لحق نفسه والعبد لحق سيده.

باب

كل امرأة يجوز فى الجملة العقد عليها إلا من كان فيها معنى يوجب تحريمها، والتحريم على ضربين: تحريم متأبد وتحريم غير متأبد، فالتحريم الذى ليس بمتأبد يرجع إلى أمرين: أحدهما إلى صفة فى المرأة يزول التحريم بزوالها، والأخرى إلى صفة فى العقد، فأما الراجع إلى صفة فى المرأة فمثل نكاح المعتدّة والمستبرأة، ومن عقد عليها للغير والمحرمة والأمة للحر الذى يجد الطول ولا يخشى العنت دون العبد، والأمة الكتابية للمسلم حرًا كان أو عبدًا، والمرتدة والكافرة غير الكتابية من المجوس والوثنيات ونكاح الرجل أمة نفسه أو ابنه أو عبده، وما فى معناه تزويج المرأة بعبدها أو عبد ابنها، وأما تزويج الرجل أمة أبيه فجائز، وكذلك وطء حرائر الكتابيات بالعقد وإمائهن بالملك، فكل هذا إذا زالت صفة منعه جاز العقد ونحن نبينه.

فصل

أما المعتدة فلا يجوز العقد عليها إجماعًا: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة:٢٣٥]، وسواء كانت عدتها من طلاق أو وفاة.

فصل

ولا يجوز أن يخطب في عدتها بالتصريح ولا بأس بالتعريض لها، وهو القول الذى يفهم منه إرادة نكاحها من فحواه[1]، أو لحنه[2]، أو ما ينضم إليه من دليل الخطبة، وشاهدها نحو قوله: إنى فى عشرتك لراغب وعليك لحريص ومقارب هذا من القول، والأصل فى هذه الجملة قوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء...﴾ إلى قوله: ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥] قيل فى التفسير هو أن يقول: إنى لك لمحب، وإنى على القرب منك لحريص وإذا حللت فآذنينى، وإن النساء لمن شأنى هذا، وما أشبهه فثبت بالظاهر منع التصريح وإباحة التعريض.

فصل

فإن خطبها صريحًا فى العدة ثم تزوجها بعد العدة، ففيها روايتان: إحداهما استحباب الفراق، والأخرى إيجابه.

فوجه الإيجاب: قوله تعالى: ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً﴾ [البقرة: ٢٣٥]، والنهى يقتضى الفساد، ولأن السبب إذا منع الخطبة فى بعض الأحوال جاز أن يؤثر فى إيجاب الفراق كالخطبة على خطبة أخيه.

ووجه نفى الإيجاب: أن الخطبة ليست بعقد، وإنما هى استدعاء والتماس فمنعها لا يوجب الفراق إذا وقع العقد على شروط سواها ولم يتعلق به إفساد على الغير كخطبة المحرمة ومواعدة المريضة.

ووجه الإيجاب: أن سبب العقد لما جرى مجراه فى النهى عن إيقاعه فى العدة جاز أن يؤثر فى رفع العدة كما لو وقع العقد فى العدة، ولأن ذلك كالردع لهما لئلا يعودا لمثله.

---

(١) وهى أحد أقسام مفهوم الموافقة ويُطلق على المفهوم الأولوى كتحريم الضرب من قوله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف﴾ فالضرب أولى منه. انظر الإبهاج لشيخ الإسلام السبكى (١/٣٦٨).

(٢) وهو يطلق على مفهوم الموافقة المساوى للمنصوص عليه كتحريم إحراق مال اليتيم المساوى لأكله فى الإتلاف. انظر الإبهاج لشيخ الإسلام السبكى (١/٣٦٨).

فصل

ومن تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها فى العدة فسخ نكاحه وتأبد عليه تحريمها، خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢]، لقول عمر رضى الله عنه: «أيما امرأة نكحت فى عدتها ثم دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لم ينكحها أبدًا»[٣]، وروى عن علىّ رضى الله عنه مثله[٤]، ولا مخالف لهما، ولأنه يتهم أن يكون استعجل الشىء قبل وقته فعوقبت بأن حرمت عليه كقاتل العمد، وهذا أصل يدعى على وجه الجملة دون التعليل، ولأنه دخل شبهة فى النسب فتأبد التحريم عليه كالملاعن.

فصل

وإن تزوجها فى العدة ودخل بها بعد العدة ففيها روايتان: إحداهما تأبيد التحريم، والأخرى نفى التأبيد، فوجه إثباته قول عمر رضى الله عنه: فإن دخل بها فلا ينكحها أبدًا، ولم يفرق، ولأنه واطئ عن نكاح فى عدة كالواطئ فى العدة نفسها، ووجه نفيه أنه لم يطأ فى العدة كالذى لم يطأ أصلاً، ولأنه لم يدخل شبهة فى النسب وهذه علة التأبيد.

فصل

وإن لم يطأها أصلاً فى العدة ولا بعدها فسخ نكاحه، وفى تأبيد التحريم روايتان: فوجه نفيه وهو الظاهر أنه لم يوجد فيه معنى تأبيد التحريم وهو إدخال الشبهة فى النسب، ولأن مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به تحريم مؤبد ما لم يقارنه وطء، أصله إذا

---

(١) الذى ورد فى كتب الأحناف أن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول وأما بعد الدخول يتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ومنها وجوب العدة ومنها وجوب المهر وهذا النكاح صورة من صور النكاح الفاسد فلم يشيروا إلى هذا التحريم المؤبد فضلاً عن أنهم لم يذكروه فى المحرمات إلى أبد بتصرف. انظر بدائع الصنائع (٢/ ٣٣٥) والفتاوى الهندية (١/ ٢٨٠)، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (١/ ٣٦٦).

(٢) هذا عن الشافعى فى الجديد وأما فى القديم: أنها تحرم أبدًا ومنهم من أنكر القديم وذكر الذين أثبتوه وجهين فى أن التحريم المؤبد يشترط فيه تفريط الحاكم) روضة الطالبين (٨/ ٣٩٦).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٣٦) ح (٢٧).

(٤) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٦/ ٢٠٨).

كانت تحته امرأة فتزوج بنتهـا ولم يطأها، ووجه الثانية اعتباراً بالواطئ، ولأن منع ذلك حسم الباب.

فصل

وأما المستبرأة[١] فإنها على ضربين: مستبرأة من وطء يلحق النسب فيه كالواطئ فى نكاح فاسد أو شبهة نكاح أو ملك، فهذه لا يجوز العقد عليها إجماعًا، ومستبرأة من وطء لا يلحق النسب فيه كالزنا، فهذه لا يجوز العقد عليها عندنا خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، ويتضح الكلام فى هذه المسألة فى الحامل من زنا، فدليلنا قوله عز وجل: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** [الطلاق:٤] فعم، ولأنه حمل لا يلحق بالعاقد، فكان مانعًا من العقد والوطء، أصله إذا كان لاحقًا بالواطئ.

فصل

ويجوز تزويج الزانية إذا استبرأت من الزانى بها ومن غيره، خلافًا لمن منع[٤] ذلك لقوله تعالى: **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾** [النساء:٣] فعم، ولأنها خالية من الأسباب المانعة من نكاحها، فجاز العقد عليها كغير الزانية، ولأن الزنا ليس فيه أكثر من كونه كبيرة يعاقب عليها، وذلك لا يمنع إنكاحها كالسرقة وشرب الخمر والقتل، وإذا ثبت جوازه فابتداؤه مكروه لقوله تعالى: **﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك﴾** [النور:٣]، ولا بد أن يكون لهذا تأثير فى المنع، وقوله: **﴿محصنات غير مسافحات﴾** [النساء:٢٥]، وقوله ﷺ: «عليك بذات الدين تربت يداك»[٥]، ولأن ذلك لا يؤمن معه

---

(١) التى يطلب لها الاستبراء وعرّفه ابن عرفة بقوله: (مدة دليل برآءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق) شرح حدود ابن عرفة(١/٣٠٨).

(٢) قال المرغينانى: (وكذا إذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرأها عندهما وقال محمد: لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها). انظر الهداية للمرغينانى (١/٢١٢).

(٣) حتى أنه لو كانت حاملاً من الزنا يصح نكاحها بلا خلاف عندنا، وفى وطئها قبل الوضع وجهان: الأصح: الجواز إذ لا حرمة، ومنعه الشيخ ابن الحداد. انظر روضة الطالبين (٨/٣٧٥).

(٤) حكى ابن قدامة ذلك عن (ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة قالوا: لا تحل للزانى بحال قالوا: لا يزالان زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر) المغنى (٧/٥١٨).

(٥) تقدم تخريجه.

فساد النسب، وقد قال ﷺ: «تخيروا لنطفكم»[١].

فصل

ومن زنت امرأته لم ينفسخ نكاحها خلافًا لمن ذهب إلى ذلك[٢]، لما روى: أن رجلاً قال: يا رسول الله، إن امرأتى لا ترد يد لامس، قال: «طلقها»، قال: إنى أحبها، قال: «أمسكها»[٣]، ولأن الزوج لو أقر بأنها زنت لم ينفسخ نكاحها منه، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره اعتبارًا بسائر الأصول طردًا وعكسًا، وهو أن كل معنى لو أقر به الزوج لانفسخ نكاحه، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره كالردة، وكونها أخته من الرضاعة، وكل معنى لو أقر به لم ينفسخ نكاحه، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره كإصابتها القتل والسرقة.

فصل

وقد ذكرنا فى الحج منع نكاح المحرمة، فأما ذات الزوج فلا يجوز العقد عليها ما لم تبن منه لقوله تعالى عقيب ذكر المحرمات: ﴿والمحصنات من النساء﴾ [النساء:٢٣] ولأن ملك استباحة البضع لا يقع فيه اشتراك، ولا خلاف فى ذلك.

فصل

فأما نكاح الأمة للحر فلا يجوز إلا بشرطين: عدم الطول لنكاح الحرة وهو مهرها، والآخر خشية العنت، فمتى عدما أو أحدهما لم يجز خلافًا لأبى حنيفة فى إسقاطه خشية العنت[٤] لقوله عز وجل: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً...﴾ إلى قوله: ﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾ [النساء:٢٥]، [فعلقه بشرطين، فدل على منعه مع عدمهما، وعند

---

(١) أخرجه ابن ماجه فى النكاح (١/٦٣٣) ح (١٩٦٨) فى الزوائد: فى إسناده الحارث بن عمران المدينى. قال فيه أبو حاتم: ليس بالقوى. والحديث الذى رواه لا أصل له، يعنى هذا الحديث، عن الثقات، وقال الدارقطنى: متروك، وقال الحافظ الزيلعى: هذا روى من حديث عائشة ومن حديث أنس ومن حديث عمر بن الخطاب من طرق عديدة كلها ضعيفة. انظر نصب الراية (٣/١٩٧).

(٢) روى ذلك عن جابر بن عبد الله وعن الحسن وعن على رضى الله عنه. المغنى (٧/٥١٨).

(٣) أخرجه أبو داود فى النكاح (٢/٢٢٦) ح (٢٠٤٩)، والنسائى فى النكاح (٦/٥٥) باب (تزويج الزانية).

(٤) قال الموصلى: (ويجوز أن يتزوج أمة مع القدرة على الحرة لأن النصوص لا تفصل) انظر الاختيار (٣/١٦)، الهداية (١/٢١٠).

المخالف أن خشية العنت][1]، لا اعتبار بها، ولأنه حر مستغن عن استرقاق ولده فأشبه من تحته حرة.

فصل

ويجوز ذلك للعبد على الإطلاق لنقصه بالرق فلا عار عليه فى استرقاق ولده، لأن ذلك ليس بأكثر من رق نفسه، والحر ممنوع منه لحرمته فليس له استرقاق ولده مع الاستغناء عنه.

فصل

وللحر أن يجمع بين أربع مملوكات إذا خشى العنت خلافًا للشافعى[2] لقوله عز وجل: ﴿فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء:٢٥] فعم، ولأنهن جنس أبيح نكاحهن فجاز الجمع بين أربع منهن كالحرائر، ولأن الشرط إذا وجد استوى فيه الواحدة والجماعة.

فصل

ومن تزوج أمة على الشرط الجائز ثم زال شرط الإباحة وهى عنده لم ينفسخ نكاحها خلافًا لبعضهم[3]، لأن شرط المنع إذا لم يوجد تأبيد التحريم كان طرؤه على العقد الذى عقد معه غير مانع من استدامته، وإن منع ابتداؤه كالإحرام.

فصل

إذا كانت عنده حرة فتزوج عليها أمة، فيها روايتان: إحداهما أن نكاح الأمة باطل[4]، والأخرى أنه صحيح وللحرة الخيار، فوجه القول بأنه باطل أن تكون الحرة من الطول لأن الطول إذا كان القدرة على صداق الحرة كان وجود الزوجية أولى بأن يكون طولاً، ووجه قوله إنه يصح هو أن الطول القدرة على صداق الحرة لأنه السعة فى المال أو على حرة تكون بدلاً من الأمة لا حرة متقدمة.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) الأم للشافعى (٥/ ٩)، روضة الطالبين (٧/ ١٣١).
(٣) قال النووى: (هو قول المزنى) روضة الطالبين (٧/ ١٣٣)، المغنى (٧/ ٥١٢).
(٤) المدونة الكبرى (٢/ ١٦٤).

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه: أن نكاح الأمة باطل فلا تفريع، وإن قلنا: إنه جائز فللحرة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون صرتها أمة، وفى أى شىء يكون لها الخيار، قال مالك: فى أن تقيم معه أو تفارقه، وقال عبد الملك: فى أن تقر نكاح الأمة أو تفسخه، فلمالك أن لها إزالة الضرر عن نفسها بما لا يضر بغيرها، فإما أقامت أو فارقت، ولا سبيل لها على نكاح الأمة لأن فى ذلك إضرار بغيرها، ولعبد الملك أن الضرر الذى لحقها هو لكون الأمة ضرة لها أو داخلة عليها فلها أن تزيله، ومتى قلنا: إن لها الخيار فى فسخ نكاح نفسها لم يكن ذلك خياراً فى إزالة الضرر، بل فى زيادة منه.

فصل

إذا تزوج أمة على الوجه المجوز له، فله أن يتزوج عليها حرة بلا خلاف[1]، وإن علمت الحرة فلا خيار لها وإن لم تعلم ففيها روايتان: إحداهما أن لها الخيار بين أن تقيم أو تفارق، والأخرى أنه لا خيار لها، فوجه قوله: لها الخيار فلرفع الضرر عنها بكون الأمة ضرة لها، ووجه قوله: لا خيار لها فلأنها فرطت فى استعلام ذلك، وكذلك لو كانت تحته أمتان فعلمت بواحدة ولم تعلم بالأخرى فإنه على روايتين: وكل هذا إذا كان الزوج حراً، فأما إن كان عبداً فلا مقال لها رواية واحدة[2].

فصل

نكاح حرائر أهل الكتاب ووطء إمائهن بالملك جائز لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة:٥]، [ولأن كل جنس تؤكل ذبائحهم جازت مناكحتهم كالمسلمين، فأما وطؤهن بالملك فلقوله تعالى: ﴿وما ملكت أيمانكم﴾ [النساء:٣٦] فعم][3]، ولأن كل جنس جاز نكاح حرائرهم جاز وطء إمائهم بالملك كالمسلمين، فإذا ثبت جوازه فإنه مكروه، ولأنه سكون إلى الكفار وركون إليهم، وقد قال تعالى: ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ [الروم:٢١]، ولأنه يتولى ولده من يشرب الخمر ويأكل الخنزير ولا يؤمن أن يحبب إليه ذلك وتنشؤه عليه فيألفه ويعتاده، ولأنها

(١) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٥٤٤).
(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٥٤٤).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

قد تهرب به إلى دار الحرب وهو صغير فيفسد دينه.

فصل

وإنما قلنا: إن نكاح الأمة الكتابية غير جائز للمسلم جملة خلافًا لأبي حنيفة[1]، لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [البقرة:٢٢١] فعم، وقوله: ﴿فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء:٢٥]، فعلقه بشرط الإيمان ولأن ذلك يؤدى إلى أشياء ممنوعة لأن الأمة قد تكون ملكًا للكافر فإن قلنا: لا يجوز لمسلم نكاح أمة الكافر حصل منه تفريق بين أمة الكافر وأمة المسلم وأحد لم يفرق، وإن قلنا: يجوز فالولد الحادث إما أن يكون ملكًا لسيد الأمة، فذلك يوجب ابتداء ملك النصرانى للمسلم، وذلك غير جائز، وإما أن لا يكون ملكًا له فذلك خلاف الأصول فلما أدى إلى هذا الفساد وجب منعه.

فصل

وإنما استوى الحر والعبد فى ذلك بخلاف الأمة المسلمة لاستوائهما فى معنى المنع وهو أداؤه إلى ما بيناه من نقض الأصول.

فصل

وإنما منعنا نكاح المجوسيات وسائر المشركات سوى الكتابيات خلافًا لمن حكى عنه إباحته فى المجوس[2]، لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [البقرة:٢٢١]، وقوله: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة:٥] فدل على منع غيرهن، ولأن كل جنس لا تؤكل ذبائحهم لا تجوز مناكحتهم كالوثنيين، ولأنهم ليسوا من أهل كتاب كأهل الأوثان، فأما المرتدة فلأن كل معنى إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه، فإذا وجد فى الابتداء منع العقد، أصله الملك والرضاع.

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٢١٠)، الاختيار للموصلى (٣/ ١٧).

(٢) حكى ذلك عن (أبى ثور) قال ابن قدامة: (وليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك) المغنى (٧/ ٥٠٢). انظر الهداية للمرغينانى. (١/ ٢٣٦).

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يصح أن يتزوج الرجل أمة نفسه لأنه يستبيح منافع البضع بملكه الرقبة، والتزويج إنما هو عقد معاوضة على استباحة منافع ليست بمملوكة فلم يصح ذلك في الملك كما لا يصح أن يستأجر أمته للخدمة لأنه يملك منافعها بملك الرقبة كذلك منافع بضعها.

فصل

وإنما قلنا: لا يصح أن يتزوج بأمة ابنه أو ابنته خلافًا لأبي حنيفة لأن للأب شبهة في مال ابنه بدليل قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[1] ولوجوب نفقته عليه إذا احتاج، وسقوط القطع إذا سرق منه والحد إذا زنى بأمته، وإذا كان كذلك كان في معنى من يتزوج أمة نفسه فلم يجز.

فصل

وإنما قلنا: إن للابن أن يتزوج بأَمَة أبيه وأمه لأنه لا شبهة له في ملكها كالأجانب، ولأن سائر الأحكام التي أثبتناها للأب في مال ابنه متنفية عن الابن في مال أبيه، ولأن كل أمة لو زنى بها لحد فإنه يجوز له أن يتزوجها، أصله أَمَة الأخ.

فصل

وإنما قلنا: لا يصح أن يتزوج أَمَة عبده لأنها في معنى أَمَته، لأن ملك عبده في [حكم ملك نفسه][2] ألا ترى أن له انتزاعها منه وأنه لا يحد بوطئها ولا يقطع في سرقتها، فكان ذلك آكد من ملك ابنه.

فصل

وإنما قلنا: ليس لامرأة أن تتزوج عبدها لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ولا تملكها المرأة عليه ألا ترى أن المعاوضة عليها يلزم الزوج دون المرأة، لأنه هو المقصود

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢/٧٦٩) ح (٢٢٩١). وأحمد في المسند (٢/٢٤٢) ح (٦٦٨٧).

(٢) ثبت في (ب) (في حكم ماله).

له عليها والمملّك لها، فإذا ثبت ذلك استحال فى العبد أن يملك منافع بضع سيدته لأن ملكها لرقبته يمنع أن يملك عليها منافع خدمتها، ولا يجوز أن تبيحه هى ذلك، لأنها ليست مالكة له على ما بيناه، ولأن ذلك يوجب تعارض الحقوق، ولأنه يملك بالتزويج منافع بضعها، وذلك يوجب أن تلزمها طاعته، وذلك له أى وقت طالب به، ويلزمها طاعته بالزوجية وتلزمه طاعتها بالرق وتلزمه النفقة عليها [والكسوة][1] بالزوجية وتلزمها النفقة عليه بالملك، وفى ذلك تعارض الحقوق ولن يكون أحدهما أولى من الآخر بها وذلك باطل.

فصل

وإنما قلنا: إنه ليس للمرأة أن تتزوج عبد ابنها لمثل ما له منعنا أن تتزوج عبد نفسها لأن ملك ابنها جار مجرى ملكها كملك الرجل لأمَة ابنه.

فصل

وإنما قلنا: إن هذه الأسباب إذا زالت عن المرأة جاز العقد عليها خلافًا لمن منع ذلك لأنها هى علة منعه، فإذا زالت لم يبق شىء يمنع لأجله.

فالمعتدة إذا خرجت من عدتها جاز العقد عليها، وكذلك المحرمة إذا حلت.

والمستبرأة إذا زالت ريبتها وجلست المدة المضروبة لها، وكذلك من لها زوج إذا بانت منه جاز أن يعقد عليها غيره لزوال ملكه عن منافعها وواجد الطول للحرة إذا عدمه جاز له التزويج بالأمَة، والأمَة الكتابية إذا أعتقت جار عقد المسلم عليها، والمرتدة إذا تابت والمجوسية إذا أسلمت وسائر من ذكرناه.

فصل

نكاح أهل الشرك غير صحيح عندنا، وإنما [يصححه][2] لهم الإسلام ما لو ابتدءوا عقده بعد الإسلام لجاز، فأما لو ابتدءوه فى الإسلام لم يجز فإنه لا يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم والرضاع وغير ذلك، وقال أبو حنيفة[3] والشافعى: عقودهم

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (ا) و (هـ). (يصح).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (١/ ٢٣٧)، الاختيار للموصلى (٣/ ٥٢).

صحيحة فى الشرك[١]، ودليلنا أنه قد ثبت أن صحة النكاح مفتقرة إلى شروط هى معدومة فى أنكحتهم منها الولى ورضا المرأة المنكوحة، وأن لا يكون فى عدة، وأنكحتهم خالية من هذا، فيجب فسادها لأن نكاح المسلم إذا عرى من هذه الشروط كان فاسدًا فأنكحة أهل الشرك أولى لأنه نكاح عرى من ولى ورضى المتزوجة، فكان فاسدًا كنكاح المسلم، ولأن كل عقد لو وقع فى الإسلام لكان باطلاً كذلك إذا وقع فى الكفر، أصله العقد على ذوات المحارم.

فصل

وإذا أسلم الكافران فالزوجية ممن لو ابتدأ العقد عليها فى الإسلام، لكان له فإنهما يثبتان على نكاحهما لا خلاف فيه أعلمه[٢]، لأن الإسلام يصحح لهم أنكحتهم، فإن كانت ممن لو أراد ابتداء العقد عليها فى الإسلام لم يجز له ذلك، فإن النكاح ينفسخ مثل نكاح ذوات المحارم والموطوءة فى العدة وغير ذلك لأن أحسن أحواله أن ينزل منزلة المسلم، وسواء كانا أسلما قبل الدخول أو بعده.

فصل

فأما إن أسلم أحدهما فإن كان المسلم الزوج نظر: فإن كانا كتابيين ثبتا على نكاحهما كان قبل الدخول أو بعده لأنه لو أراد ابتداء العقد عليها فى الإسلام لكان له ذلك، وإسلامه لا يفسخ العقد المتقدم بل يصححه، وإن كانا مجوسيين أو مشركين غير كتابيين عرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت عقيب إسلامه أو بعده بالشىء القريب ثبتا على نكاحهما لأن أبا سفيان أسلم وأسلمت هند بعده فثبتا على نكاحهما[٣]، ولأن إسلامها عقيبه أو بعده بالقريب جار مجرى إسلامهما معًا، وإن أبت أن تسلم فاختلف أصحابنا: فعند مالك أن النكاح ينفسخ ولا ينتظر به أن تخرج من العدة، وعند أشهب أن فسخه موقوف على انقضاء العدة، فوجه قول مالك قوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] ولأنه إما أن ينفسخ العقد عقيب إبانتها على ما نقوله أو تبقى

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ١٤٣)، الأم للشافعى (٥/ ٣٩).

(٢) انظر المغنى لابن قدامة (٧/ ٥٣٤).

(٣) أخرجه البيهقى فى النكاح (٧/ ٣٠١) ح (١٤٠٦٢).

مستدامة، وذلك ممنوع، فأما اعتبار العدة فلا معنى لـه لأنه دعوى، ووجه قول أشهب اعتباره بإسلام الزوجة.

فصل

إذا أسلمت المرأة قبل الزوج فسواء كـانا كتابيين أو صابئين[1] أو مجوسيين، فإن كانا قبل الدخول فقد بانت منه ولا رجعة له عليـها إن أسلم لأن إسلامه تنزل منزلة رجعته، والرجعة لا تكون إلا في مـدخول بها، وإن كان بعد الدخـول وقف الأمر على العدة، فإن أسلم قـبل خروجها ثبت على نكاحـها، وإن خرجت قبل إسـلامه بانت منه، وإنما قلنا ذلك لأن رسول الله ﷺ أقـر جماعة على أنكحـتهم وكانت زوجـاتهم أسلمن قبل إسلامـهم وأسلموا هم قبل خروجـهن من العدة[2]، منهم: أبو العـاص مع ابنتـه ﷺ زينب، وصفوان بن أمية مع بنت الوليـد بن المغيرة، وأم حكيم بنت الحارث مع عكرمة ابن أبي جهل، وغيرهم، وإنما قلنا ذلك لأن البينونة تقع بانقـضاء العدة وعدم إسلامه، لأن إسلامه أقيم مقام ارتجاعه، فكان موقوفًا على العدة.

---

(١) الصابئون: اخـتلف فيهم السلف كثـيرًا فروى عن أحمد أنهم جنس من الـنصارى ونص عليه الشافعي وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء إذًا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقـون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخـالفونهم في فروعه فـهم ممن وافقوه وإن خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم) المغني (٧/ ٥٠١)، روضة الطالبين (٧/ ١٣٩).
وقال الفـيروزآبادي: الصـابئون يزعمـون أنهم على دين نوح عليه السـلام وقبلتـهم من مهب الشمال عند منتصف النهار) القاموس المحيط (١/ ٢٠).

(٢) أخـرجـه أبـو داود في الطلاق (٢/ ٢٧٩) ح (٢٢٤٠) وابن مـاجـه في النكاح (١/ ٦٤٧) ح (٢٠٠٩) والترمذي في النكاح (٣/ ٤٣٨) ح (١١٤٢).

باب

ثم عدنا إلى بقية التقسيم، فقلنا: فأما التحريم الراجع إلى صفة العقد فهو الجمع وذلك أن التحريم على أضرب: منه تحريم جمع، وذلك على ضربين: ضرب يرجع إلى الأعيان، وضرب يرجع إلى العدد.

فأما الراجع إلى الأعيان فهو منع الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها أو غير ذلك من ذوات محارمها وحصر ذلك أن كل امرأتين لو فرضنا كون كل واحد منهما ذكرًا من الطرفين لم يجز له أن يتزوج الأخرى، فإن الجمع بينهما حرام، وكل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرًا لجاز له أن يتزوج الأخرى، فالجمع بينهما جائز، فالأول مثل نكاح الأختين والجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، لأن كل واحدة منهما لو كانت ذكرًا لم يكن له التزوج بالأخرى.

والثانى: مثل الجمع بين المرأة وبنت عمها جائز وبنت خالها وبنت خالتها جائز وما أشبه ذلك: والأصل فى هذه الجملة قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء:٢٣]، ونهيه ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها[1]، فإذا ثبت ذلك، فهذا الجمع المحرم يقع على صفتين: إحداهما أن يجمع بينهما فى عقد واحد، والأخرى فى عقدين مفترقين، فإن جمع بينهما فى عقد فنكاحهما فاسد لأنه قارنه ما منع انعقاده، وهو مشاركة الأخرى لها فى العقد، فكان كمن عقد على صبية وامرأة ترضعها، فإن العقد قد قارنه ما منع انعقاده فلم ينعقد، وإن وطئهما أو إحداهما فالفسخ واجب بغير طلاق وللموطوءة المهر عوضًا من الاستمتاع، وإن كان عقد على إحداهما ثم عقد على الأخرى، فعقد الأولى صحيح وعقد الثانية باطل دخل بها أو لم يدخل، ولها إن دخل بها المهر ولا يقر على نكاحها بوجه ما دامت الأولى عنده.

وإنما قلنا: إن نكاح الأولى صحيح لأنه عقد عارٍ مما يفسده، فلم يفسد بطروء عقد فاسد عليه، وإنما قلنا: إن نكاح الثانية فاسد لأنه جمع بينها وبين الأولى وهو صريح النهى لقوله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»[2].

(١) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٦٤) ح (٥١٠٨)، ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٢٩) ح (٣٧/ ١٤٠٨).

(٢) تقدم تخريجه.

فصل

لا خلاف في منع هذا الجمع بعقد النكاح والأصل فيه الظاهر والخبر، فأما بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح في المنع واختلف فيه في الصورة الأولى فذهب قوم إلى جواز الجمع بين الأختين بملك اليمين، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء:٢٣] فعم، ولأنه أحد نوعي استباحة الفرج في الشرع كالنكاح، ولأن الذي له منع ذلك في النكاح خيفة العدواة والتباغض وأدى ذلك إلى قطع الأرحام، وهذا يستوي فيه العقد والملك.

فصل

فإذا ثبت ذلك فمن كان عنده امرأة بنكاح أو ملك فأراد استباحة وطء أختها لم يجز له ذلك إلا بأن يحرم الأولى عليه بطلاق بائن إن كانت زوجة أو بيع أو إعتاق أو كتابة أو هبة لمن لا يجوز له ارتجاعها منه إن كانت أمة أو ما أشبه ذلك من ضروب التحريم الذي لا يكون له حله بيده متى أرداه.

فصل

ويجوز الجمع بين المرأة وبين امرأة أبيها خلافًا لبعضهم[1] لأنهما أجنبيتان كامرأة عمها، ولا يراعى فيه أنه لو كانت ابنة الزوج ذكرًا لم يجز له التزويج بامرأة أبيه لأنه من الطرف الآخر لا يتصور.

فصل

فأما الضرب الآخر من الجمع وهو الراجع إلى العدد دون الأعيان، فهو عقد النكاح دون ملك اليمين، وهو الزيادة على أربع نسوة، ولا خلاف في ذلك يعتمد عليه[2]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء:٣]، فقصره على هذا العدد فدل على منع الزيادة عليه، وقوله ﷺ لغيلان لما أسلم

---

(١) روى عن الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى كراهيته قالوا: لأن إحداهما لو كانت ذكرًا حرمت عليه الأخرى فأشبه المرأه وعمتها. انظر المغني (٧/٤٩٨).

(٢) قال ابن قدامة: (ولا نعلم أحدًا خالف إلا شيئًا يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه أباح تسعًا لقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ والواو للجمع ولأن النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لأنه خرق للإجماع وترك للسنة. انظر المغني (٧/٤٣٦).

وعنده عشر نسوة: «اختر أربعة وفارق سائرهن»[١] وهذا كالمعلوم ضرورة من دين الأمة.

فصل

ومن بانت منه زوجته المدخول بها بخلع أو بطلاق ثلاث أو بفسخ أو بأى شيء كان مما يقع به البينونة مع بقائه جاز له أن يتزوج كل من كان ممنوعًا من العقد عليها قبل أن تبين منه، وإن كانت فى العدة مثل أختها أو عمتها أو خالتها أو أربعة سواها خلافًا لأبى حنيفة[٢] لأن كل جمع حرم على الزوج بعقد النكاح، فإن تحريمه يزول بالبينونة، أصله إذا خرجت من العدة، وإذا طلقت قبل الدخول، ولأن كل امرأة لا يلحقها طلاقه جاز له التزويج بأختها كالأجنبية.

فصل

إذا أسلم المشرك وعنده أكثر من أربع اختار منهن أربعًا، وفارق البواقى وسواء جمع بينهن فى عقد واحد أو فى عقود متفرقة، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه ليس له أن يختار الأواخر ولا من جمع بينهن فى عقد[٣]، لما روى: أن غيلان أسلم وكان تحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبى ﷺ أن يختار منهن أربعًا[٤]، وعند المخالف ليس له الخيار لأن عقود الأوائل صحيحة وعقود الأواخر فاسدة، ولأنه لم يسأله هل عقد عليهن عقدًا واحدًا أو عقودًا مفترقة، وقال لفيروز الديلمى لما أسلم وتحته أختان: «اختر أيهما شئت»[٥]، ولأن كل امرأة جاز له ابتداء العقد عليها فى الإسلام جاز له المقام معها على نكاح الشرك، أصله الأوائل، ولأن أنكحتهم عندنا فاسدة وإنما تصح لهم بالإسلام عقودهم، ويعفى عما بنوها عليه من التحريم إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء العقد عليها فى الإسلام، فلو منعنا التمسك بالأواخر لمنعناه بالأوائل.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال المرغينانى: (فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقًا بائنًا لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضى عدتها) الهداية (١/ ٢١١).

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢/ ٣١٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أبو داود فى الطلاق (٢/ ٢٧٩) ح (٢٢٤١)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٤٢٧) ح (١١٢٩)، وابن ماجه فى النكاح (١/ ٦٢٧) ح (١٩٥٠).

باب: من التحريم

والضرب الثانى من التحريم: وهو التحريم المتـأبد، وهو تحريم الأعيان، وتفسيره أن التحريـم يرجع إلى نفس المرأة وعينها فلا تحل بوجـه ويفارق تحريم الجمع وغـيره مما لا يتأبد، لأن ذلك إذا زال من العين زال تحريمها وتحريم الأعيان على قسمين:

أحدهما بنسب، والآخر بسبب.

فـأما النسب فـالمحـرم به السبع المذكـورات فى القـرآن وهن: الأمهـات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

فالأم: اسم لكل أنثى لها عليك ولادة، فكل أنثى لها عليك ولادة فهى لك أم وهى محرمة عليك، فيدخل فى ذلك الأم دنية والجدات من قِبَلِهَا ومن الأب وإن علون.

والبنت: اسم لكل أنثى لك عليهـا ولادة، فكانت مباشرة بالولادة أو نـازلة فيدخل فى ذلك ابنة الصلب لأن الاسم لها حقيقة بالمباشرة وبناتها وبناتهن وبنات الابن وبناتهن وإن نزلن.

والأخت: لا تتعدى اسم درجتك وهى اسم لمن شـاركتك فى الانتساب وإلى من له عليك ولادة من أب أو أم أو منهمـا، فيدخل فى ذلك الأخت الشـقيقـة وللأم وحدها وللأب وحده.

والعمة: هى أخت أبيك وكل ذكر له عليك ولادة من الأجداد وآبائهم.

والخالة: اسم لأخت أمك وأخت كل أنثى لها عليك ولادة من الجدات وأمهاتهن.

وبنات الأخ: اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمـها أو أبيها فكلهن حرام عليك.

[وبنات الأخت: اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة من قبل أبيها أو أمها][1]، فكلهن حرام عليك، فهؤلاء الأعيان السبع محرمات تحريم عين لا يبحن بوجه.

نوع آخر: التحريم بسبب.

أما السبب فضربان: رضاع، وصهر ويتعلق بذلك ضرب طارئ يلحق بهن فى الحكم

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

وليس بأصل وهو [تحريم الملاعنة والموطوءة فى العدة لأن هاتين قد حرمتا][١] تحريم عين أيضًا لا يحللن بوجه.

فأما الرضاع، فجار مجرى النسب فى التحريم، فكل محرمة بالنسب محرمة بالرضاع، فالأم محرمة كالأم من الولادة، وكذلك البنت من الرضاع وهى التى أرضعتها زوجتك لو أرضعت بلبنك فأنت أب لها كما أن زوجتك أم لها فتحرم عليك إن كانت ابنة كما يحرم على زوجتك إن كان ابنًا، وعلى هذا تجرى مسائل هذا الباب، والأصل فى وقوع التحريم به قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتى أرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء:٢٣]، وقوله: ﴿وأخواتكم من الرَّضاعة﴾ [النساء:٢٣]، وقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»[٢].

فصل

وأما الصهر[٣] وهو المناكحة فهو أربعة أعيان: زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾ [النساء:٢٢]، وزوجات الأبناء: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ [النساء:٢٣]، وأمهات النساء: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء:٢٣]، وبنات النساء: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتى فى حجوركم﴾ [النساء:٢٣].

والتحريم بالصهر على ضربين:

تحريم بمجرد العقد الصحيح ومن غير حاجة إلى دخول وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء وأمهات النساء.

وتحريم لا يقع بمجرد العقد دون مضامة الوطء أو ما يقوم مقامه من التقبيل واللمس واللذة وهو تحريم الربائب، فأما تحريم زوجات الآباء والأبناء بمجرد العقد فلا خلاف فيه[٤]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء:٢٢]

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه البخارى فى الشهادات (٥/ ٣٠٠) ح (٢٦٤٦)، ومسلم فى الرضاع (٢/ ١٠٦٨) ح (١/ ١٤٤٤).

(٣) من المصاهرة: مصدر صاهرهم إذا تزوج إليهم والصهر من كان من أقارب الزوج أو الزوجة المطلع (ص/ ٣٢٢).

(٤) انظر المغنى لابن قدامة (٧/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥).

فعم، وقوله: ﴿وحلائل أبنائكم﴾ [النساء:٢٣]، ولم يخص.

فصل

وإنما قلنا: إن أمهات النساء يحرمن بمجرد العقد خلافًا لما يحكى عن علي[١] رضي الله عنه، أنهن لا يحرمن إلا بالعقد والوطء لقوله تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء:٢٢] فأطلق، ولأن العقد معنى تصير به المرأة فراشًا، فوجب متى وجد أن تحرم معه الزوجة، أصله الوطء.

فصل

وإنما قلنا: إن الربيبة لا تحرم بمجرد العقد دون وطء الأم لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء:٢٣]، ولا خلاف في ذلك[٢].

فصل

وليس من تحريم الربيبة أن تكون في حجر المتزوج بأمها خلافًا لداود[٣]، لقوله ﷺ: «أيما رجل نكح امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها»[٤]، ولم يعتبر الحجر، ولأن الحجر لا تأثير له في التحريم اعتبارًا بسائر المحرمات، والظاهر خرج على تعريفهن بغالب أحوالهن.

فصل

وإنما قلنا: إن القبلة واللمس للذة يقومان مقام الوطء في التحريم خلافًا للشافعي[٥]،

---

(١) وذلك كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول: والجواب: أنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والأب. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٤٧٢ ـ ٤٧٣).

(٢) انظر المغني لابن قدامة (٧/ ٤٧٢).

(٣) ذكره ابن قدامة في المغني. انظر المغني (٧/ ٤٧٣).

(٤) أخرجه الترمذي في النكاح (٣/ ٤١٦) ح (١١١٧) قال أبو عيسى: هذا حديث لا يصح من جهة إسناده.

(٥) قال النووي: (المفاخذة والقبلة والمس هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة به فيه قولان: أظهرهما عند البغوي والروياني: نعم وأظهرها عند ابن أبي هريرة وابن القطان والإمام وغيرهم: لا) روضة الطالبين (٧/ ١١٣).

لأنه استمتاع بمباشرة كالوطء، فأما النظر للذة ففيه اختلاف فوجه التحريم به أنه نوع من الاستمتاع باللذة كالقُبْلة، ووجه الكراهة فلأنه ليس بمباشرة كالالتذاذ بالتفكر.

فصل

فأما الموطوءة في العدة فقد ذكرناها، والملاعنة ترد في باب اللعان.

فصل

الاستمتاع المعتبر في تحريم الصهر ممن ذكرنا هو الحلال أو ما كان شبهة، فأما الزنا المحض ففيه روايتان: إحداهما أنه يثبت به حرمة المصاهرة، والأخرى أنه لا يثبت به[1]، فوجه إثباتها قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء:٢٢] فعم، ولأن كل تحريم بالوطء الحرام أصله التحريم في الوطء بشبهة، ولأنه استمتاع كالحلال، ووجه نفيها أنه وطء يوجب الحد كاللواط، ولأن الزنا لا حرمة له في نفسه فلم ينشر الحرمة إلى غيره عكسه الحلال.

(١) انظر المدونة الكبرى (٢/٢٠٢)

باب

ومن تزوج بكراً وله نساء سواها أقام عندها سبعًا، وإن تزوج ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ثم استأنف القسم بينها وبين سائر نسائه، ولا يلزمه قضاء لهن خلافًا لأبى حنيفة[1]، لقوله ﷺ: «للبكر سبع وللثيب ثلاثة»[2]. وقوله لأم سلمة لما تزوجها: «ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعة عندك وسبعة عندهن، وإن شئت ثلاثة ودرت قالت ثلاث»[3] فأخبر أن الثلاث لا تقضى فى حق الثيب، ولأن الزوجة الحديث تحتاج إلى زيادة فى الإيناس والبسط لتزول حشمتها ويذهب انقباضها، وذلك يقتضى مدة من الزمان يمكن ذلك فيه، وكانت البكر إلى هذا أحوج من الثيب فزيد فى ضرب المدة لها.

فصل

وفى كون ذلك حقًا للطارئة على الزوج أو حقًا له على سائر أزواجه روايتان، وفائدة الخلاف أنه إذا كان حقًا له كان له فعله وتركه، وإذا كان حقًا لها لم يجز له تركه إلا بإذنها، فوجه القول الأول بأنه حق لها عليه ما روى: أنه ﷺ قال: «للبكر سبعًا وللثيب ثلاثًا»[4]، ولأن الغرض من ذلك إيناسها وبسطها وذهاب انقباضها وهذا حق لها، ووجه القول بأنه حق له أنه معنى يعود إلى الالتذاذ، فكان حقًا له غير مستحق عليه كعدم الوطء.

فصل

وإذا كان له زوجتان حرة وأمة، فعنه فى القسم بينهما روايتان[5]: إحداهما التسوية والأخرى المفاضلة ثلثان للحرة وثلث للأمة، فوجه التسوية اعتبارها بالحرة، والقسم من

(١) الهداية للمرغينانى (١/ ٢٤٠)، الاختيار للموصلى (٣/ ٦٠).

(٢) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٢٢٤) ح (٥٢١٣)، ومسلم فى الرضاع (٢/ ١٠٨٤) ح (٤٤/١٤٦١).

(٣) أخرجه مسلم فى الرضاع (٢/ ١٠٨٣) ح (٤١/ ١٤٦٠)، وأبو داود فى النكاح (٢/ ٢٤٦) ح (٢١٢٢)، وابن ماجه فى النكاح (١/ ٦١٧) ح (١٩١٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) المدونة الكبرى (٢/ ١٩٨ ـ ١٩٩).

سائر حقوق الزوجية، ووجه المفاضلة فلمزية الحرة على الأمة وزيادة حرمتها، ويلزم الرجل العدل بين نسائه فى القسم فى الصحة والمرض بحسب الإمكان من غير ميل ولا جور لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء:١٩]، وقوله ﷺ: «من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة شقه مائل»[١]، ولأن الزوجات يستوين فى حقوق الزوجية فوجب أن تستحق كل واحدة منهن من العشرة والصحبة ما تستحقه الأخرى.

ومقدار القسم: يوم وليلة لأنه ﷺ كذلك كان يفعل[٢]، وإذا أراد سفراً، فإن كان فيهن من لا تصلح للسفر وفيهن من هى أرفق به وأطوع لأمره كان ذلك عذراً له فى السفر بها وعذراً عن الأخرى، وإن تساوين وتقاربن فإن كان سفر حج أو غزو أقرع بينهن فيسافر بمن خرج سهمها ثم لا يلزمه قضاء لمن لم يسافر بها بعد عوده بل يستأنف القسم بينهن وفى سفر التجارة روايتان: إحداهما الإقراع، والأخرى نفيه، وثبوت الخيار له، وإنما قلنا: إنه يقرع بينهن لأن رسول الله ﷺ كذلك كان يفعل[٣]، ولأنه ليست إحداهن أولى من الأخرى.

ووجه اختصاص سفر الحج والغزو بذلك فلأنه آكد لكون جنسه فرضاً، ولأنه ﷺ لم يقرع بينهن إلا فيهما، والقرعة اتباع، ووجه التسوية فى سائر الأسفار اعتباراً بسفر الحج والغزو وتساويهما فى الحاجة والرفق.

---

(١) أخرجه أبو داود فى النكاح (٢/ ٢٤٩) ح (٢١٣٣)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٤٣٨) ح (١١٤١)، وابن ماجه فى النكاح (١/ ٦٣٣) ح (١٩٦٩) النسائى عشرة النساء (٧/ ٦٠) باب (ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض).

(٢) أخرجه أبو داود فى النكاح (٢/ ٢٤٩) ح (٢١٣٤)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٤٣٧) ح (١١٤٠). والنسائى فى عشرة النساء (٧/ ٦٠) باب (ميل الرجل إلى بعض نسائه دون البعض).

(٣) أخرجه البخارى فى الهبة (٥/ ٢٥٧) ح (٢٥٩٣)، ومسلم فى التوبة (٤/ ٢١٢٩) ح (٥٦/ ٢٧٧٠).

باب

امرأة المفقود يضرب لها[1] أجل أربع سنين، فإن جاء فيها وإلا اعتدت وتزوجت، وصفة المفقود الذى هذا حكمه أن يغيب الرجل عن امرأته، فيعمى خبره وينقطع أثره ولا يعلم موضعه ولا تدرى حياته ولا موته، فامرأته مخيرة بين أن تقيم على ما هى عليه وبين أن تختار فراقه: فإن اختارت فراقه فوجه ذلك أن تأتى إلى الحاكم فتذكر له قصتها، فينظر فى ذلك ويفحص عن أخباره ويسأل عنه فى المواضع التى يظن أنه بها، ويسأل أهله أين سمعوه يذكر الخروج أو أين كانت عادته ويبحث عنه على حسب الإمكان والاجتهاد، فإذا لم يقف على خبر استأنف لها ضرب أجل مدته أربع سنين، فإن جاء فى المدة أو علمت حياته، فهى زوجته على حالها ويبطل خيارها، وإن مضى الأجل ولم يوقف له على خبر اعتدت عدة الوفاة ولا ينفق فى العدة من ماله، فإن جاء وهى فى العدة فهى امرأته وإن نقضت قبل العلم بخبره، فلها أن تتزوج من غير حاجة إلى استئذان الإمام، فإن جاء قبل تزويجها فهى امرأته على ما ذكرناه وما مضى كأنه لم يكن، وإن جاء بعد أن نكحت ففيها روايتان: إحداهما أنه لا سبيل له عليها وقد بانت منه دخل الثانى بها أو لم يدخل، والأخرى أنه إذا كان لم يدخل بها، فهى للأول، وإن كان الثانى دخل بها فهى له ولا يحتاج فى الحكم بفراقه إلى قضاء من حاكم، ثم ينظر فإن كان الأول قد دخل بها فلها الصداق كاملاً، وإن كان لم يدخل بها ففيها روايتان: إحداهما أن لها نصفه والأخرى أنه كله لها ولا شىء له، وإذا بانت من الثانى فأرادت العودة كانت على تطليقتين، وبعد ذلك الفراق طلقة.

فصل

وإنما قلنا: إن الإمام يسأل عن خبره ويبحث ليزول الضرر عن المرأة لأنه لا يجوز أن يبتدئ ضرب الأجل لها قبل السؤال والبحث لجواز أن يكون حيًا، فيعلم ذلك بالبحث عن خبره والسؤال عن أمره، وليس للإمام أن يفرق ابتداء بين رجل وامرأته.

---

(١) ثبت فى (أ) (له).

فصل

وإنما قلنا: يضرب له الأجل لإجماع الصحابة على ذلك، روى عن عمر: أنه يضرب لها أجل أربع سنين ثم يفرق بينهما[١]، وروى مثله عن على رضى الله عنه[٢]، وروى مثله عن جماعة من التابعين ولم يحفظ خلافًا عن أحد من الصدر الأول فى ذلك، ولأنه لما كان الخيار ثابتًا لها فى الفرقة مع العنة والإيلاء ولم يكن فيهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة كان فى مسألتنا الجامعة لفقد كل ذلك أولى بثبوت الخيار.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل أربع سنين لأن هذه الرواية بهذا القدر جاءت عن الصحابة ومن ذكرناه، ولأن الإجماع منحصر على أحد مذهبين إما أن تبقى أبدًا على ما هى عليه أو يضرب لها أجل هو هذا المقدار دون غيره، ولأن أصل ضرب الأجل هو الغالب من مدة الحمل وغالبه هذا المقدار.

فصل

وإنما قلنا: إنها تعتد بعد انقضاء الأجل لأن أمره ينزل على الوفاة، لأن ذلك هو الغالب من شأنه لأنه لو كان حيًا لكان مع طوال البحث وكثرة الفحص يعلم حاله، ولا يجوز لمحكوم لها بالمفارقة أن تتزوج إلا بعد العدة ولم ينزل أمره على الطلاق، ولا يوجب عليها عدة قبل الدخول احتياطًا للزوج الأول وللنسب ولم يجعل عليها عدة الطلاق بناء على الغالب.

فصل

وإنما قلنا: لا ينفق عليها فى العدة من ماله لأنها إنما تعتد على أنه قد حكم بموته ولا نفقة للمتوفى عنها، وذلك يخالف مدة الأجل لأنها فى العدة على الزوجية.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٧٥) ح (٥٢) والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٧٣٢) ح (١٥٥٦٦) (١٥٥٦٧).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧/ ٧٣٢) ح (١٥٥٦٩).

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا جاء زوجها في المدة أو في العدة، فهي امرأته فلأنه لم يحدث بينهما فرقة لأن المدة إنما ضربت لمجيئه والعدة إنما جعلت بشرط ثبوت وفاته ولم تثبت بتزويج فيكون أحق بها، فلذلك كانت باقية على زوجيته.

فصل

وإنما قلنا: إن العدة إذا انقضت جاز لها التزويج لأن الخبر بذلك ورد عن عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله عنهما[1]، ولأن اعتدادها لو لم يفد[2] تزويجها لكان لا معنى له.

فصل

وإنما قلنا: إنها لا تحتاج في ذلك إلى إذن الإمام لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل، لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه.

فصل

وإنما قلنا: إن المفقود إذا جاء بعد دخول الثاني فلا مقال له لأنها قد بانت بالوطء وحكم الحاكم لأن اعتدادها حكم من الحاكم بالفراق عليه على الشرط الذي قدمناه إلا أن يجيء قبل التزويج، فأما إذا جاء بعد التزويج وقبل الدخول ففيها روايتان[3]: إحداهما أنها للمفقود والأخرى أنها للثاني، فوجه الأولى أنه عقد نكاح طرأ على عقد صحيح تقدمه بضرب سائغ من الاجتهاد، فوجب أن لا تمنع نفسها عن الأول إلا بأن يضامها دخول، أصله نكاح الوليين، ووجه الثانية أنها نكحت بعد الاعتداد وضرب الأجل كما لو دخل بها.

فصل

وإذا قلنا: لا يرجع عليها بالصداق، فلأن أمره نزل على الوفاة، وإذا قلنا: يرجع

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت في (ب) (يبح).

(٣) المدونة الكبرى (٢/ ٩١ - ٩٢).

عليها بنصف الصداق فلأنها فرقة تحسب طلاقًا كفرقة غير المفقود.

فصل

ولا يقسم ماله بين ورثته إلا بأن يتيقن موته لأنه ضرر في تبقيته وهو مفارق للزوجة، فإن أتى عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله مُوت بالتعمير وقسم ماله بين ورثته، واختلف قول مالك وأصحابه في مدة التعمير، والظاهر أنه سبعون، وقيل: ثمانون، وقيل: تسعون [وقيل مائة، والصحيح سبعون][1] سنة لقوله ﷺ: «أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين، فأقلهم من يجاوز ذلك[2]»، وهذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار، وما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرر لكل قول، وإنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة وقصرها.

فصل

المفقود في [معترك][3] القتال إذا لم يوقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره، فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته وتزوجت ولا يحتاج إلى ضرب أجل لأن الأغلب من شأنه الهلاك.

فصل

الأسير بخلاف المفقود لا يجوز لامرأته أن تتزوج ولا يضرب لها معه أجل، لأن حياته معلومة وعذره في نفي قصد المضارة ظاهر.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه الترمذي في الزهد (٤/٥٦٦) ح (٢٣٣١) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب. وابن ماجه في الزهد (٢/١٤١٥) ح (٤٢٣٦).

(٣) ثبت في (ب) (معركة).

باب: فى الطلاق [1]

الطلاق على ضربين: رجعى، وبائن، فالرجعى من حقه أن يرد على مدخول بها، والبائن هو الذى لا رجعة فيه، وقد يكون فى المدخول بها وفى التى لم يدخل بها، وجملته للحر ثلاث وللعبد تطليقتان وهو معتبر بالرجال دون النساء، فالحر يطلق ثلاثًا كانت زوجته حرة أو أمة، والعبد يطلق اثنتين كانت زوجته حرة أو أمة، والرجعة تثبت فى الطلقة الواحدة للحر والعبد وفى الطلقتين للحر، والثانية للعبد كالثالثة للحر لا رجعة فيها، وتحرم بها عليه فلا تحل له إلا بعد زوج، أوقعها مجتمعات أو مفترقات ويمنع إيقاعها مجتمعة، ويقضى بذلك إن فعله ولكنه ينفذ ويلزم وتحرم به فلا تحل بعقد نكاح ولا ملك يمين إلا بعد زوج يتزوجها تزويجًا صحيحًا نكاح رغبة يقصد الاستباحة دون التحليل، فإن وقع الفساد فى العقد أو التحريم فى الوطء مثل أن يطأها محرمة أو صائمة أو حائضًا أو على وجه ممنوع لحق الله تعالى فلا يحلها، وإن شرطا فى العقد أن يحلها دون قصد استدامة نكاحها، فالعقد فاسد لا يقيمان عليه والاعتبار فى ذلك بقصد النكاح دون المنكوحة ولا يحلها إلا وطء بعقد نكاح لا بملك يمين.

فصل

وإنما قلنا: إن الرجعة تثبت فيما دون الثلاث لقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك﴾ [البقرة:٢٢٨] يعنى الارتجاع، ولقوله ﷺ فى حديث ابن عمر لما طلق امرأته حائضًا: «مره فليراجعها»[2]، ولا خلاف فى ذلك[3].

---

(١) الطلاق فى اللغة: مصدر طلقت المرأة بانت من زوجها وأصل الطلاق فى اللغة التخلية، يقال طلقت الناقة: إذا سرحت حيث شاءت وحبس فلان فى السجن طلقًا بغير قيد، وفرس طلق إحدى القوائم إذا كانت إحدى قوائمها غير محجله والإطلاق: الإرسال. المطلع (ص/٣٣٣).
وشرعًا: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبًا تكررها مرتين للحر ومرة لذى رق حرمتها عليه قبل زوج) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٧١).

(٢) أخرجه البخارى فى الطلاق (٩/٢٥٨) ح (٥٢٥١) ومسلم فى الطلاق (٢/١٠٩٣) ح (١/ ١٤٧١).

(٣) المغنى لابن قدامة (٨/ ٤٧٠).

فصل

وإنما قلنا: إنها لا تكون إلا فى مدخول بها لقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك﴾ [البقرة:٢٢٨] يعنى فى العدة وزجره عن الثلاث بقوله: ﴿لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا﴾ [الطلاق:١] يعنى الندم، فيكون له سبيل إلى الارتجاع، ولأن الرجعة من حقها أن ينفرد الزوج بها من غير مراعاة لرضا المرأة، وذلك لا يكون إلا فى المدخول بها لأن غير المدخول بها لا عدة عليها فلا سبيل إلى ردها إلا بنكاح جديد، وذلك يفتقر إلى إذنها.

فصل

وإنما قلنا: إن جملة الطلاق ثلاث لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان...﴾ إلى قوله: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ [البقرة:٢٢٩]، وسئل رسول الله ﷺ عن الثالثة فقال: «أو تسريح بإحسان»[١]، وفى حديث ابن عمر قال: «أرأيت لو طلقتها ثلاثًا قال: عصيت ربك وبانت منك امرأتك»[٢]. ولا خلاف أن ما فوق الثلاث لا مدخل له فى الطلاق[٣].

فصل

وإنما قلنا: إن الاعتبار فى الطلاق بالرجال، وإن طلاق العبد للحرة اثنتان والحر للأمة ثلاثًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن طلاق الحرة ثلاثًا كان زوجها حرًا أو عبدًا[٤]، وطلاق الأمة طلقتان إن كان زوجها حرًا أو عبدًا، لأنه معنى ذو عدد يوجب أن يكون كماله ونقصانه معتبرًا بمن يضاف إليه فعله، أصله العدة، ولأن الطلاق ملك للرجل وكمال الملك ونقصانه معتبرًا بالمالك لا بغيره.

---

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/ ٤) ح (٢). والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٥٤٥) ح (١٤٩٥١).

(٢) أخرجه مسلم فى الطلاق (٢/ ١٠٩٤) ح (٣/ ١٤٧١) والنسائى فى الطلاق (٦/ ١٧٧) باب (الرجعة).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٨٠).

(٤) قال الموصلى: (وطلاق الحرة ثلاث والأمة ثنتان ولا اعتبار بالرجل فى عدد الطلاق) الاختيار (٣/ ٧٢)، الهداية للمرغينانى (١/ ٢٥١).

فصل

لا خلاف في أن من فرق الطلاق الثلاث فإنه يلزمه ويدل عليه قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان...﴾ إلى قوله: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ [البقرة:٢٢٩]، فأما إن أتى به في كلمة واحدة فإنه عاص بذلك ويلزمه، وإنما قلنا: يلزمه إن وقع خلافًا لمن منع إيقاعه جملة[1] لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن...﴾ إلى قوله: ﴿لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا﴾ [الطلاق:١] فندبنا إلى طلاق يملك الرجعة فيه لئلا يندم فلا يمكننا التلافي، هذا يتضمن الوقوع، وحديث ركانة: أنه طلق البتة فأحلفه رسول الله ﷺ على ما نوى[2]، فدل على أن الثلاث تقع بالكلمة الواحدة، وحديث ابن عمر قلت: أرأيت يا رسول الله لو أني طلقتها ثلاثًا، أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «كانت تبين منك وتكون معصية»[3]، واعتبارًا بغير المدخول بها، ولأنه ملك أبيح إيقاعه مفترقًا فجاز مجتمعًا كإعتاق العبد.

فصل

وإنما قلنا: إنه يكون عاصيًا بذلك خلافًا للشافعي في قوله: أنه مباح[4] لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن...﴾ إلى قوله: ﴿لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا﴾ [الطلاق:١]، فندبنا إلى الطلاق الرجعي ليكون للمطلق سبيلاً إلى تلافي ندم إن وقع منه ثم وصفه بما يقتضي الإثم فقال: ﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾ [الطلاق:١]، فدل على ما قلناه، وفي حديث ابن عمر قال: أرأيت لو طلقتها؟ قال: «إذن بانت منك وعصيت ربك»[5]، وروى عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل

---

(١) حكى ابن قدامة أن هناك من منع وقوعه على البكر فقال: (وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون. من طلق البكر ثلاثًا فهي واحدة) انظر المغني (٨/ ٢٤٣).

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢/ ٢٧٠) ح (٢٢٠٦) والترمذي في الطلاق (٣/ ٤٧١) ح (١١٧٧)، وابن ماجه في الطلاق (١/ ٦٦١) ح (٢٠٥١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الإمام الشافعي: (ولا يحرم عليه أن يطلق اثنين ولا ثلاث لأن الله تبارك وتعالى أباح الطلاق وما أباح فليس بمحظور على أهله). انظر الأم (٥/ ١٦٢)، روضة الطالبين (٨/ ٩).

(٥) تقدم تخريجه.

طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا فقام غضبان ثم قال: «يلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم»[(١)]، ولأنه إجماع الصحابة، وروى عن عمر وعثمان وعليّ وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعمران بن حصين[(٢)]، ولا مخالف عليهم فيه، ولأنه سبب يحرم البضع به فعله من غير حاجة، فكان ممنوعًا كالظهار ولا يدخل عليه الطلقة قبل الدخول ولا الثانية لأن ذلك من حاجته.

فصل

وإنما قلنا: لا رجعة فى الطلاق الثلاث لأنه لم يبق له من الطلاق شيء، فالرجعة هى ردها إلى النكاح، فلا يجوز أن يملك نكاحًا لا يملك الطلاق فيه، وإنما قلنا: لا يحل له العقد عليها حتى تنكح زوجًا غيره لقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وللإجماع على ذلك[(٣)].

وإنما قلنا: إنما لا تحل بعقد ولا بملك لعموم الظاهر، ولأن الوطء بالملك تابع لعقد النكاح، إذ النكاح هو الأصل المقصود بالاستباحة، فإذا لم يجب بالنكاح لم يجب بالملك.

فصل

وإنما قلنا: إن نكاح المحلل لا يصح خلافًا لأبى حنيفة[(٤)] والشافعى[(٥)] لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»[(٦)]، وهذا يفيد حظره، ولأنه عقد معاوضة واقع على وجه يستحق عادة به اللعن، فوجب أن يكون فاسدًا، أصله نكاح ذوات المحارم، وإذا ثبت أنه فاسد لم تحل للزوج الأول، وروى ابن عباس قال: سئل رسول الله ﷺ عن المحلل

---

(١) أخرجه النسائى فى الطلاق (٦/ ١١٦)، (الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٥٠) ح (١ ـ ٢ ـ ٣).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٨٠).

(٤) فى قوله إنه مكروه: قال المرغينانى: (وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه). الهداية (٢/ ٢٨٩)، الاختيار للموصلى (٣/ ١١٢).

(٥) الأم للشافعى (٥/ ٧١).

(٦) أخرجه أبو داود فى النكاح (٢/ ٢٣٤) ح (٢٠٧٦)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٤١٨، ٤١٩) ح (١١١٩) والنسائى فى الطلاق (٦/ ١٢١) باب (إحلال المطلقة، ثلاثًا وما فيه من التغليظ) وابن ماجه فى النكاح (١/ ٦٢٢) ح (١٩٣٥).

فقال: «لا إلا نكاح رغبة، لا نكاح دلسة ولا استهزاء بكتاب الله عز وجل»[١]، وقوله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس؟» قالوا: بلى، قال: «هو المحلل»[٢]، ولأنه إجماع الصحابة، وروى عن عمر وعثمان وعليّ وابن عمر وابن عباس[٣] ولا مخالف لهم.

فصل

وإنما قلنا: إن وطء الثاني شرط في عودها إلى الأول لقوله ﷺ للتي أرادت الرجوع إلى من طلقها ثلاثًا: «لا حتى تذوقي عسيلته»[٤]، ولأن الغرض من ذلك عقوبته على ركوب المعصية وتعديه ما جعل له، وأن يعلم أنه متى لم يكن له سبيل إلى العود إلا على هذه الصفة وليس ذلك إلا في الوطء لأن مجرد العقد لا عقوبة فيه.

فصل

وإنما قلنا: إن وطأها بالملك لا يحلها للمطلق بملك ولا بعقد، خلافًا لمن أجازه[٥] لقوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجًا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فشرط في ذلك النكاح، ولقوله ﷺ: «لا إلا نكاح رغبة»[٦]، ولأن الوطء بالملك أضعف.

فصل

وإنما قلنا: إن الوطء الواقع على وجه محظور لا يقع به التحليل خلافًا لأبي حنيفة[٧] والشافعي[٨]، لأنه شرط في إباحتها للأول لا يقوم غيره مقامه، فلم يقع الإباحة به متى

---

(١) ذكره الحافظ السيوطي وعزاه إلى أبي إسحاق الجوزجاني. انظر الدر المنثور (١/ ٢٨٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١/ ٦٢٢ - ٦٢٣) ح (١٩٣٦) قال في الزوائد: في إسناده مشرح ابن هاعان. ذكره ابن حبان في الثقات، وقال: يخطئ ويخالف، وقال عبد الرحمن بن أبي حاتم. تكلموا فيه.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٣٣٩ - ٣٤٠) ح (١٤١٨٩) (١٤١٩٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) (روى أن عثمان بن عفان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبًا كارهًا لما قالا) بدائع الصنائع (٣/ ١٨٧).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) في قوله: إنه يقع به التحليل. انظر بدائع الصنائع (٣/ ١٨٩).

(٨) قال النووي: (لو وطئها في إحرامه أو إحرامها أو الحيض أو صوم رمضان أو قبل التكفير عن ظهارها أو ظانًا أنها أجنبية حلت لأنه وطء زوج في نكاح صحيح) روضة الطالبين (٧/ ١٢٦).

فعل على وجه محرم فى الشرع لحق الله تعالى، أصله العقد.

فصل

وإذا وطئها فى نكاح فاسد لم تحل به خلافًا للشافعى فى أحد قوليه[1] لقوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجًا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وظاهر ذلك يفيد الصحيح، ولأنه وطء ولم يصادف سببًا مبيحًا كالوطء بالشبهة، ولأن الوطء بالملك أقوى من الوطء فى النكاح الفاسد لأن الوطء بالملك مباح، وفى النكاح الفاسد محظور، وإذا لم تقع الإباحة به كانت بأن لا تقع بالفاسد أولى.

فصل

وإنما قلنا: إن الاعتبار بقصد الناكح دونها لأن العقد للناكح، وهى على استيفاء المنافع، فإذا لم يقصد هو الاستباحة لنفسه انتفى قصد الاستباحة لغيره، فقد قصد التحليل للأول لا غير، ولأن قصد التحليل من غير من يملك الطلاق لا اعتبار به، أصله الأجنبى.

(١) انظر روضة الطالبين (٧/ ١٢٤).

باب

والطلاق ضربان: طلاق سنة وطلاق بدعة، وفائدة وصفنا له أنه طلاق سنة أنه أوقع على الوجه الذى ندب المشرع إيقاعه، وفائدة وصفه بأنه للبدعة وقوعه على الوجه الذى منع الشرع إيقاعه عليه ويتعلق بذلك ضرب ثالث، وهو طلاق لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة، وهو أن يكون جائزًا فى كل الأحوال، فإذا ثبت هذا فالسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين إلى الوقت والعدة.

فأما الوقت فإن السنة فيه: أن تطلق المرأة التى تحيض فى طهر لم تمس فيه وألا يكون تاليًا لحيض طلقت فيه، فأما العدد فإن يطلق واحدة ثم يتركها تمضى فى العدة ثم لا يتبعها طلاقًا، ومتى انخرم من هذه الأوصاف شىء كان للبدعة دون السنة، فإن طلقها حائضًا أو نفساء أو فى طهر قد مس فيه ثلاثًا أو اثنتين فى كلمة واحدة أو مفترقًا قاصدًا ذلك فى ابتدائه أن يفرقه على عدد أقرائها، فكل ذلك للبدعة.

وطلاق الحائض والنفساء محرم ويلزم إن وقع، فإن كان رجعيًا أجبر على الارتجاع وإمساكها إلى أن تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق، ولا يطلق فى الطهر المتعقب للحيض الذى طلق فيه، فإن فعل نفذ ولم يجبر على الارتجاع إن لم يرتجع حتى طهرت من الحيض المطلق فيه أجبر إلى أن تنقضى العدة عند ابن القاسم، ويقطع الإجبار عند أشهب لمجىء الطهر الثانى الذى أبيح الطلاق فيه، ويؤمر بالارتجاع إن طلق فى طهر قد مس فيه ولا يجبر عليه، فأما الذى لا يوصف بأنه سنة ولا بدعة فطلاق الصغيرة واليائسة لأنه مباح إيقاعه أى وقت شاء، وهذا إذا رجع به إلى الوقت، فأما إن رجع به إلى العدد فلا تنفك مطلقة من أن يكون طلاقها لأحد الأمرين.

وفى طلاق غير المدخول بها حائضًا روايتان: الجواز والمنع، فعلى رواية المنع يوصف طلاقها فى الطهر بأنه للسنة ولا يوصف بذلك على رواية الجواز، لأن الأوقات تتساوى فيه كالصغيرة واليائسة.

ويطلق الحامل أى وقت شاء، وتلحق بالضرب الثالث، ويخرج فى طلاقها حال حيضها روايتان بناء على التى لم يدخل بها.

فصل

وإنما شرطنا في كونه للسنة أن يكون في طهر لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق:١]، فندب تعالى إلى أن يوقع الطلاق في حال تعتد فيها وذلك حال الطهر، وفي حديث ابن عمر أنه طلق امرأته حائضًا فذكر عمر لرسول الله ﷺ فقال: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء»[1]، فأخبر أنها حال الطهر، ولأن طلاق الحائض محرم بإجماع، وما كان محرمًا لا يكون للسنة.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون الطهر لم يمس فيه لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق:١]، وقرأها ابن عمر: «لقبل عدتهن»[2]، وفي حديث ابن عمر: «ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء»، ولأنه إذا وطئها في ذلك ثم طلقها ألبس عليها في العدة لأنها قد تحمل فتعتد بالوضع، وقد لا تحمل فتعتد بالأقراء فكره له ذلك، ولأنها قد تحمل فيلحقه الندم.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون في طهر ثان دون الطهر التالي للحيضة التي طلقت فيها لقوله ﷺ: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك»[3]، ولأنا لما أجبرناه على الارتجاع نظرًا لها وجب أن ينظر له أيضًا بأن يكون له حظ في الرجعة من الاستمتاع، فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر التالي للحيض لم يطلق فيه على ما بيناه ثم يتعقبه الحيض، فإذا طهرت منه جاز له الطلاق.

فصل

وإنما شرطنا أن يطلق واحدة لأن الجمع بين ثلاث تطليقات أو اثنتين بدعة على ما

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠/ ٦٦٣٢).

(٣) تقدم تخريجه.

بيناه، وإنما منعنا أن يتبعها طلاقًا آخر فى العدة أو يقصد تفريقه على الأقراء، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن طلاق السنة أن يطلق ثلاثًا متفرقًا فى كل قرء طلقة[1]، لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق:١]، وهذا طلاق لا يوجب عدة فكان ممنوعًا، ولأن كل طلاق لا يوجب عدة فى المدخول بها، فإنه للبدعة، أصله إذا أتى به قبل مجىء القرء الثانى، ولأنه مطلق ثلاثًا من غير حاجة كالذى يطلق ثلاثًا فى كلمة واحدة.

فصل

وإنما قلنا: إن طلاق الحائض محرم لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق:١]. وحال الحيض ليست حال عدة ولا طلاق للموقع فيه باتفاق، ولقوله ﷺ فى حديث ابن عمر لما طلق امرأته: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء»[2]، فأمر بارتجاعها على طريق العقوبة، وأخبر بأن حال الطهر هى حال العدة التى أمر بالطلاق فيها، ولأن فيه تطويلاً على المرأة فى العدة وأذية لها ولا خلاف فى ذلك.

فصل

وإنما قلنا: إنه محرم ويلزم إن وقع رجعيًا كان أو بائنًا خلافًا لمن قال: إنه لا ينفذ[3] لقوله ﷺ لعمر رضى الله عنه: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء»[4]، وفى حديث آخر: «أفتعتد بها»؟ قال: «نعم»، وأن ابن عمر قال: يا رسول الله ﷺ: «أرأيت لو طلقتها ثلاثًا؟ قال: إذن بانت منك وعصيتك ربك»[5]، [وفى هذه الأخبار

(١) الاختيار للموصلى (٣/٦٩). بدائع الصنائع (٣/٨٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن قدامة: (قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف فى ذلك إلا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة قالوا: لا يقع طلاقه لأن الله تعالى أمر به فى قبل العدة فإذا طلق فى غيره لم يقع، كالوكيل إذا أوقعه فى زمن أمره موكله بإيقاعه فى غيره. المغنى (٨/٢٣٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

أدلة: أحدها الأمر بالمراجعة ولا تكون إلا مع نفوذ الطلاق ووقوعه، والثانى قوله أفتعتد بها؟ قال: نعم، والثالث قول ابن عمر: أرأيت لو طلقتها ثلاثًا؟ يعنى فى الحيض قال: إذا بانت منك وعصيت ربك][1]، وهذا نص، ولأنها حال زوجية كالطهر، ولأنه إزالة ملك بُنى على التغليب والسراية فلم يختص وقوعه بزمان دون زمان كالعتق، ولأنها حال منع الطلاق فيها لحق المرأة فلم يمنع ذلك نفوذه إذا وقع كالطهر الذى مس فيه.

فصل

وإنما قلنا: إنه إن كان رجعيًا أجبر على الارتجاع خلافًا للشافعى[2] وأبى حنيفة[3] لقوله ﷺ: «مره فليراجعها حتى تطهر»[4]، وهذا على وجوبه، ولأنه لما طوّل عليها وأضر بها مع نهيه عن ذلك عوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية ليزول الضرر عنها.

فصل

وإنما قلنا: إن المطلق فى طهر قد مس فيه لا يجبر على الرجعة لأنه مطلق للعدة فلا يوجد فيه التطويل على المرأة كما يوجد فيمن طلق حال الحيض.

فصل

ووجه قول ابن القاسم: أنه إذا لم يراجع حتى طهرت من الحيض الثانى بعد الذى طلقت فيه أنه يجبر على الارتجاع ما بقيت العدة، قوله ﷺ: «مره فليراجعها»[5] فأطلق ولم يقيد، ولأن العدة باقية، أصله ما لم تطهر الطهر الثانى، ووجه قول أشهب: إنما قد صارت إلى حال لو أراد ابتداء إيقاع الطلاق فيها لكان ذلك له فلا معنى للإجبار على الارتجاع مع إباحة الطلاق.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٤)، مغنى المحتاج (٣/ ٣٠٩).

(٣) قال ملك العلماء الكاسانى: (ولو امتنع عن الرجعة لا يجبر عليها) بدائع الصنائع (٣/ ٩٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا: إنه يطلق الصغيرة واليائسة أى وقت شاء لأن أوقاتهما متساوية فيؤمن فيهما ما يخاف على الحائض والنفساء والطهر الذى قد مس فيه لأنهما إن كانت مدخولاً بهما، فقد قال تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق:١]، وهذا طلاق للعدة، وإن كانت غير مدخول بهما فقد قال تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾ [البقرة:٢٣٦] فأطلق، ولأنه ليس فى ذلك تطويل فى عدة ولا إلباس فجاز فى كل وقت.

فصل

وإنما قلنا: إن طلاقهما لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة من حيث الوقت لأن الوصف بذلك يتضمن كون المطلقة ممن يتأتى فيها الأمران، فيقع كل واحد منهما بدلاً من صاحبه، فأما من لا تختلف الأوقات عليها فلا حال لها للسنة ولا بدعة، فأما من حيث العدد فإنه يصح فيه لأنه إن طلق واحدة كان للسنة، وإن جمع بين ثلاث أو اثنتين كان للبدعة على ما بيناه.

فصل

ووجه القول بأن طلاق غير المدخول بها حائضًا جائز أنها حال لا يلحقها ضرر بالطلاق فيها، فجاز ذلك اعتبارًا بحال الطهر، ووجه المنع أنه طلاق فى الحيض فأشبه طلاق المدخول بها.

فصل

وإنما قلنا: يطلق الحامل أى وقت شاء لقوله ﷺ: «أو حاملاً قد استبان حملها»[1] فأطلق، ولأنها معتدة فى الحال لأن عدتها وضع الحمل والتخريج فى طلاقها حال حيضتها على ما ذكرناه، ويطلق المستحاضة أى وقت شاء لأنها مطلقة للعدة فى طهر لم تمس فيه كالتى ليست بمستحاضة وعدتها سنة إذا لم تميز لأن الاستحاضة ريبة، فإن تحققت التمييز بين الوقتين اعتدت بالأقراء.

---

(١) ذكره البخارى فى الطلاق (٩/ ٣٠٠) باب (١١) معلقًا ومسلم فى الطلاق (٢/ ١٠٩٥) ح (٥/ ١٤٧١).

باب

ولا طلاق لمن لم يبلغ الحلم ولا لمجنون حال جنونه لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث...» فذكر: «الصبى حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق»[1]، ولأنه إزالة ملك كالعتق، ولأنه لا يصح نكاحه فلم يصح طلاقه اعتبارًا لأحد الطرفين بالآخر.

فصل

طلاق السكران لازم خلافًا لمن ذهب إلى نفيه[2]، لأن أحكام التكليف المتعلقة بالتغليظ جارية عليه كالقود إذا قتل، والحد إذا زنى أو قذف، ووجوب قضاء الصلاة فكذلك الطلاق، ولأن كل من يحد إذا أوجد لفظ القذف منه، فإنه إذا طلق نفذ طلاقه كالصاحى، ولأنه حال لا تمنع حد القذف فلم تمنع نفاذ الطلاق كحال الصحو، ولأن كل حال يلزمه قضاء الصلوات المتروكة وحد القذف فيها لزمه الطلاق الموقع فيها، أصله الصحو.

فصل

طلاق المكره غير واقع خلافًا لأبى حنيفة[3]، لقوله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[4]، وقوله ﷺ: «لا طلاق فى إغلاق»[5]، قال أبو عبيد: هو الإكراه، واعتبارًا به إذا أكره على الإقرار بالطلاق بعلة أنه لفظ لو عرى من الإكراه لزم به الطلاق فلم يلزم مع الإكراه، ولأن كل حال لم يثبت معها حكم الإقرار بالطلاق

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) حكاه ابن قدامة عن (عثمان رضى الله عنه وعمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحيى الأنصارى والليث والعنبرى وإسحاق وأبى ثور والمزنى وأحمد بن حنبل فى إحدى روايتيه) المغنى لابن قدامة (٨/ ٢٥٦).

(٣) قال الموصلى: (طلاق المكره واقع لأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالهازل، ولأنه معنى تقع به الفرقة فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع) الاختيار للموصلى (٣/ ٧٣)، بدائع الصنائع (٣/ ١٠٠).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أبو داود فى الطلاق (٢/ ٢٦٥) ح (٢١٩٣)، وابن ماجه فى الطلاق (١/ ٦٥٩ ـ ٦٦٠) ح (٢٠٤٦).

لم يثبت معها حكم الإيقاع كالجنون والصغر.

فصل

طلاق النائم والمبرسم[1] والهاذى فى غمرة المرض لا يلزم لأنهم فى معنى المغلوب بالجنون.

فصل

ومن تزوج ثم نسى فحلف بالطلاق فحنث، فإن الطلاق يلزمه طلاق من مكلف صادف زوجية، فوجب نفوذه، أصله العمد.

فصل

عقد الطلاق قبل الزواج على ضربين: إن بقى معه ما لا يسد على نفسه طريق الإباحة به صح ولزم ذلك نحو أن يعين بلداً بعينه أو قبيلة بعينها أو امرأة بعينها أو نوعًا من النساء معينًا أو صفة مخصوصة منهن مثل أن يقول: كل امرأة يتزوجها من العراق أو من العجم، أو كل بكر أو كل سوداء أو كل من لها ولد أو ما أشبه ذلك، وكذلك إن عم أو خص أجلاً بعينه يبلغه عمره كالسنة وفى الستين على حسب عمره وقت اليمين، فإن لم يبق لنفسه شيئًا، بل عم وسد طريق الإباحة بهذا النوع جملة لم ينفذ طلاقه ولم ينعقد يمينه، وكان له أن ينكح من غير حنث يلزمه.

فصل

وإنما قلنا: إذا عين يلزمه خلافًا للشافعى فى قوله: لا يلزمه على كل وجه[2]، لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، ولأنه أضاف الطلاق إلى حال يملك فيها ابتداء إيقاعه، فصح ذلك اعتباراً به إذا أضافه حال الملك، مثل أن يقول لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ولأنه معنى يصح مع الجهل والغرر، فجاز عقده بشريطة ملكه فى ثانى حال، أصله الوصية والنذر.

---

(١) المبرسم: من به البرسام ـ بالكسر ـ وهو علة يهذى فيها. القاموس المحيط (٧٩/٤).

(٢) انظر مغنى المحتاج. (٢٩٢/٣).

فصل

وإنما قلنا: لا يلزم إذا عم خلافًا لأبي حنيفة[١] لقوله عز وجل: ﴿لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾ [المائدة:٨٧]، ولأنه سد على نفسه طريق استباحة البضع فوجب أن يلزمه لأن في ذلك تعريض نفسه للزنا وما أدى إلى ذلك فهو ممنوع، أصله عدم الحر لمهر الحرة أنه يجوز معه نكاح الأمة لأنه لو لم يجز ذلك لأدى إلى التعرض للزنا كذلك في مسألتنا.

فصل

إذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها ودخل بها فلها المهر المسمى لا زيادة عليه، وقال أبو حنيفة: لها مهر ونصف[٢]، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يخلو أن يكون بهذا الوطء زانيًا أو واطئًا بشبهة العقد الأول، ولا يجوز أن يكون زانيًا لأنه كان يجب أن يكون عليه الحد وليس ذلك بقول أحد، ولأن الحد والمهر لا يجتمعان عندهم، وإن كان واطئًا بشبهة العقد الأول لم يلزمه إلا مهر واحد اعتبارًا بسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطء فيها.

فصل

إذا علق الطلاق بصفة لم يقع إلا بوقوعها كقوله: إذا دخلت الدار أو كلمت زيدًا أو لبست هذا الثوب أو ما أشبه ذلك مما يمكن أن يقع أو أن لا يقع إن علقه بأجل تنجز في الحال وحصر هذا الباب: أن ما تعلق الطلاق بوقوعه على ثلاثة أضرب: منه ما يجوز أن يقع أو يجوز أن لا يقع ولا يغلب فيه على أحد الأمرين كدخول الدار أو قدوم زيد، فهذا يقف طلاقه على حصوله من غير خلاف.

ومنه ما لابد من وقوعه كمجيء الشهر والسنة، وهذا يتنجز عندنا خلافًا للشافعي[٣] وأبي حنيفة[٤]، لأن تأجيله يقتضي توقيت استباحة الوطء بمدة يحرم عند مجيئها، وذلك

---

(١) الاختيار للموصلي (٣/٩٧)، الهداية للمرغيناني (٢/٢٧٣).

(٢) انظر المغني لابن قدامة (٨/٣١٨).

(٣) الأم للشافعي (٥/١٦٧) روضة الطالبين (٨/١١٦).

(٤) الهداية للمرغيناني (١/٢٥٥).

غير جائز اعتبارًا بنكاح المتعة.

ومنه ما يغلب فيه الوقوع ويمكن أن يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر، فهذا النوع فيه روايتان: إحداهما تنجز الطلاق الموقع فيه، والأخرى تأجيله، فوجه التنجيز اعتبار الغالب بالمتحقق لأن ذلك غالب الأصول كمنع المريض من أكثر من ثلث ماله إذا كان الغالب من مرضه الخوف وما أشبهه من نظائره، وكذلك الاستثقال فى النوم إذا كان الغالب منه خروج الحدث أجرى مجرى التحقيق، ووجه التأجيل اعتباره بما يمكن أن يكون ويمكن أن لا يكون كدخول الدار و كلام زيد.

فصل

تعليق الطلاق بالمشيئة على ثلاثة أضرب: منه تعليق بمشيئة الله تعالى، فهذا لا ينفى وقوع الطلاق ولا يؤثر فيه أصلاً على أى وجه كان من إرادة الشرط به أو الاستثناء، ومنه تعليق بمشيئة من يصح منه مشيئته ويتوصل إليها كزيد وعمرو، ومشيئة المطلقة نفسها، وهذا يقع على وجود المشيئة المعلق بها، ومنه تعليق الطلاق بمن لا مشيئة له أو لا حكم لمشيئته كالحجر والجمادات أو الصبى والمجنون وغيره، فيه خلافًا قيل: يلزمه الطلاق، وقيل: لا يلزمه والصبى والمجنون يخرجان من هذا.

فصل

وإنما قلنا: إن قوله: إن شاء الله لا يؤثر فى رفع الطلاق خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لأنه لو أثر فى ذلك لم يخل أن يكون تأثيره من حيث الشرط أو الاستثناء، فإن كان من حيث الشرط فلا يصح لأنه لا يخلو أن يكون لنا سبيل إلى العلم بحصوله أو لا سبيل لنا إلى ذلك، فإن كان لنا سبيل إلى ذلك وقف الأمر عليه وليس هذا مذهبهم لأنهم لا يترقبون شيئًا ويقطعون بانتفاء الطلاق، ولأنه لا شيء يترقب، وإن كان لا سبيل لنا إلى العلم به فتعليق الطلاق به هزل وعبث كقوله: أنت

---

(١) قال الموصلى: (لا يقع شيء إن وصل) الاختيار (٣/ ١٠٠).

(٢) قال النووى: (إذا قال: أنت طالق إن شاء الله نظر إن سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده لها كما هو الأدب ، أو قصد التبرك بذكر الله تعالى أو الإشارة إلى أن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى ولم يقصد تعليقًا محققًا لم يؤثر ذلك ووقع الطلاق وإن قصد التعليق حقيقة لم تطلق على المذهب) روضة الطالبين (٨/ ٩٦).

طالق إن كان الله قد خلق اليوم فى قعر البحر القلزم حوتًا طوله كذا وكذا ذراعًا وغير ذلك مما لا سبيل إلى العلم به، وقد قال ﷺ: «ثلاث هزلهن جد وجدهن جد: فذكر الطلاق»[1] وإن كان من حيث الاستثناء فلا يصح أيضًا لأن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال دون ماضيها وقوله: أنت طالق إيجاب فى إيقاع فلا مجال للاستثناء فيه لأن الاستثناء معنى يحل اليمين المنعقدة كالكفارة، وقد ثبت أنه لا مدخل للكافرة فى الطلاق فكذلك الاستثناء، ولأن الكفارة أقوى لأنها تؤثر متصلة ومنفصلة والاستثناء لا يؤثر إلا متصلاً، فإذا لم تعمل الكفارة فى الطلاق فالاستثناء أولى، ولأنه استثناء فى طلاق يرفع جميعه فى الحال والمآل، فوجب أن لا تعمل فيه كما لو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا.

فصل

إذا استثنى عددًا من الطلاق فإن بقى منه شىء صح استثناؤه كقوله: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة أو إلا اثنتين، لأنه فى الأول يطلق اثنتين وفى الثانية يطلق واحدة ولا فرق بين استثناء قليل من كثير أو كثير من قليل، وإن لم يبق شيئًا لم يصح وكان رجوعًا لا استثناء كقوله واحدة إلا واحدة، أو اثنتين إلا اثنتين أو ثلاثًا إلا ثلاثًا، فإن قال: طالق أربعًا إلا ثلاثًا [لم يصح وكان رجوعًا وطلقت ثلاثًا لأن ما زاد على الثلاث لغو كأنه قال: ثلاثًا فيرد استثناء][2] ثلاث على ثلاث فلا يصح.

فصل

وإنما قلنا: إن الاشتراط بمشيئة زيد يصح ممن تصح مشيئته ويتوصل إلى العلم بها فكان كسائر الشروط كقوله: إن دخلت الدار وما أشبهه.

فصل

ووجه القول فى الحجر وغيره: إن الطلاق يلزمه أنه هزل، ووجه نفى اللزوم عدم الشرط الذى علق الطلاق به، والأول أصح.

(١) أخرجه أبو داود فى الطلاق (٢/ ٢٦٥ ـ ٢٦٦) ح (٢١٩٤) والترمذى فى الطلاق (٣/ ٤٨١) ح (١١٨٤) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب. وابن ماجه فى الطلاق (١/ ٦٥٧ ـ ٦٥٨) ح (٢٠٣٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

الطلاق يقع بالنطق ويعمل الجارحة، وإن لم يقارنه نطق، وفى وقوعه بمجرد عقد القلب خلاف، فأما النطق فضربان صريح وكناية:

فالصريح: ما تضمن لفظ الطلاق على أى وجه كان كقوله: أنت طالق وأنت الطلاق وأنت مطلقة، وقد طلقتك والطلاق بها لازم، وقد أوقعت عليك الطلاق، وأنا طالق منك وما أشبه ذلك مما ينطق فيه بالطلاق، وكل هذا صريح، فإن قرنه بذكر عدد وقع من العدد ما قرنه به واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا كذلك إن نواه به ولم ينطق به، وإن أطلق فقال: أنت طالق أنت طالق أو مطلقة، وقال: لم أرد شيئًا، فالظاهر واحدة إلا أن يريد الثلاث.

والكناية ضربان: كنايات ظاهرة وكنايات مجملة غير ظاهرة، فالظاهرة هى ما جرى العرف بأن يطلق بها فى اللغة والشرع مثل قوله: أنت خلية أو برية وبائن وبتة وبتلة وحبلك على غاربك، وأنت حرام وأنت علىَّ كالميتة والدم ولحم الخنزير، وكذلك الفراق والسراح واعتدى، هذه الألفاظ إذا وردت على المدخول بها ابتداء أو عند سؤالها الطلاق كانت طلاقًا ثلاثًا ولا يقبل منه أنه لم يرد بها طلاق ولا أنه أراد ما دون الثلاث إلا فى قوله: اعتدى إلا أن يكون على وجه الخلع فيقبل منه ما يدعيه من الطلاق أو يدعى أنه لم يرد طلاقًا أصلاً، وقد تقدمها كلام يصلح أن يكون جوابًا عنه على ما ادعاه، نحو أن يكون قد حبسها فى دين له عليها فتسأله التخلية من حبسها فيقول: إنها مخلاة أو قد خليتك، وكذلك إذا دفع إليها دنانير وقال: اعتدى وأراد الدنانير فيقبل منه، وكذلك لو قرن الصريح بما يفيد هذا المثل أن تكون موثقة قدم أو قيد فيقول: أنت طالق يريد من الوثاق فيقبل منه، فأما إن وردت هذه الألفاظ على غير مدخول بها، فإن قال: لم أرد بها شيئًا، فالظاهر أنها ثلاث، فإن ادعى فى غير البتة أنه أراد دون الثلاث قبل منه، وفى البتة خلاف عنه وكذلك فى الفراق والتخلية فى المدخول بها.

فأما الكنايات المحتملة فمثل قوله: اذهبى وانصرفى واخرجى واغربى، فهذا يقبل منه ما يدعيه أنه أراد به من طلاق وغيره من قليل العدد وكثيره، وضرب ثالث من النطق وهو ما ليس من ألفاظ الطلاق ولا محتملاته مثل قوله: اسقنى ماءً وما أشبه ذلك، فإذا ادعى أنه أراد به الطلاق فقيل: يكون طلاقًا، وقيل: لا يكون طلاقًا، وأما

العمل بالجارجة فنحو أن تسأله الطلاق فيشير إشارة يفهم منها إصابته إلى سؤالها، فإذا قال: أردت الطلاق قُبل منه، وكذلك إذا كتب الطلاق بيده وأراد به الطلاق كان طلاقًا، وإن لم يرد به الطلاق، وقال: أردت أن أنظر وأفكر، فذلك له ما لم ينفذ الكتاب، فأما عقد الطلاق وإيقاعه بالقلب مجردًا من غير أن يقارنه بعض ذلك، ففيه روايتان: إحداهما وقوعه، والأخرى إلا أن ينضم إليه لفظ وما فى معناه.

فصل

وإنما قلنا: إن كل ما تضمن لفظ الطلاق كان صريحًا، لأن كل ما يراد به الطلاق من سائر الألفاظ التى يطلق بها، فهى عبارة عنه وكناية وليس الطلاق كناية عنها ألا ترى أنه إذا قيل له: ما الذى أردت بقولك: أنت خلية وبرية وبائن وحرام صح أن يقول: عبرت به عن الطلاق، ولا يصح أن يقال: ما الذى أردت بقولك: أنت طالق، فيقول: أردت أنها خلية وبرية وبائن، لأن ذلك عكس ونقض الأصول.

فصل

وإنما قلنا فى الكناية الظاهرة: إنه إذا قال: لم أرد به الطلاق لم يقبل منه خلافًا للشافعى[1]، لأن عرف الشرع جار بأن النساء يطلقون بها ابتداء أو جوابًا عن مسألة الطلاق، فلا يصدق فيما ينفيه العرف.

وإنما قلنا: إنه لا يقبل منه أنه أراد دون الثلاث فى المدخول بها خلافًا للشافعى[2]، لأن قوله: أنت حرام وبائن وبتة وبتلة وبرية إيقاع الطلاق بهذه الألفاظ كأنه قال: أنت طالق طلاقًا تحرمين به علىّ وتبينين به عنى وتنبت العصمة به بينى وبينك وأخلو به من زيجتك وبيرأ أحدنا من الآخر، وهذا لا يكون فى المدخول بها إلا ثلاثًا إلا على وجه الخلع، فإذا قال فى غير الخلع: أردت به ما دون الثلاث كان كما لو قال: أنت طالق ثلاث، وقال: أردت واحدة، لأن الرجوع فى الصفة كالرجوع فى العدد، وكذلك قلنا فى غير المدخول بها أنه يقبل منه لأنه يصح منه هذه المعانى لما دون الثلاث، وإن لم ينو ذلك، فالظاهر هو الثلاث فى الجميع على ما بيناه لأنها ألفاظ مبنية للمبالغة فى الفرقة.

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى (١٠/ ١٦٠) ومغنى المحتاج (٣/ ٢٨٠).

(٢) قال الماوردى: (هل يكون رجعيًا إذا لم يرد به ثلاثًا فعندنا يكون رجعيًا إن أراد به واحدة أو اثنتين أو لم يكن له نية فى عدده) الحاوى الكبير للماوردى (١٠/ ١٦٠).

فصل

ووجه قوله فى البتة: إنه يقبل منه إرادته ما دون الثلاث فى التى لم يدخل بها فلأن المعنى يحصل فيها وهو انبتات العصمة، ووجه القول إنه لا يقبل منه لأن البتة كناية عن الطلاق الثلاث فلا ينتفى بإرادته ما دونه.

فصل

وإنما قلنا: إن قوله: أنا منك طالق يكون طلاقًا خلافًا لأبى حنيفة[1]، لأن كل لفظ إذا استعمل فى الطلاق مضافًا إلى الزوجة كان طلاقًا، فكذلك إذا أضافه الزوج إلى نفسه، أصله قوله: أنا منك بائن وأنا عليك حرام.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا قال: أنت طالق وأراد ثلاثًا، فإنه يكون ثلاثًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها تكون واحدة[2]، لقوله ﷺ: «وإنما لامرئ ما نوى»[3]، ولأن قوله: أنت طالق صيغة محتملة للعدد قابلة له، واللفظ المحتمل للشىء إذا نوى به ما يحتمله كان كما نوى به اعتبارًا بقوله: أنت الطلاق ويبين احتماله للعدد أنه لو صرح به فيه لصح ولا يجوز أن يفسره بما لا يحتمله، ولأن كل لفظ بالطلاق لو صرح فيه بالثلاث لصح استعماله فيه، فكذلك إذا أريد به، أصله أنت بائن وأنت الطلاق.

فصل

وإنما جعلنا قوله: اعتدى ابتداء أنها من الكنايات الظاهرة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لو قال: أردت الطلاق لم يقبل منه[4]، لأنه الظاهر أنه كناية عن الطلاق وأمر بالاعتداد منه لأنه لو لم يكن كذلك لم يكن بد من أحد أمرين: إما أن يكون مصروفًا إلى غيره، وذلك مفتقد إلى شاهد حال أو سبب يدل عليه، أو يسقط فلا يكون له

---

(١) قال المرغينانى: (ومن قال لامرأته: أنا منك طالق فليس بشىء وإن نوى طلاقًا). الهداية (١/ ٢٥٧). الاختيار للموصلى (٣/ ٨٠).

(٢) الاختيار للموصلى (٣/ ٧٤)، الهداية للمرغينانى (١/ ٢٥٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر بدائع الصنائع (٣/ ١٠٥).

حكم، وذلك لا سبيل إليه في ألفاظ العقلاء التي لها مقاصد تصلح أن تراد بها فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وإنما قلنا: إن هذه الكنايات إذا قارنها شاهد حال يدل على أنه أراد بها ما يدعيه قبل قوله فيها، لأن العرف يشهد له حينئذ فليس في دعوى تكذيب له لأن الصريح أقوى من الكناية ولو ادعى في الصريح خلاف موضوعه في الشرع وهناك شاهد حال يصدقه قبلت دعواه فالكناية أولى.

فصل

ووجه قوله في الألفاظ التي لا يصلح أن تكون كناية عن الطلاق أنها تكون طلاقًا بالقصد أنه لفظ قصد به الطلاق، فأشبه ما هو كناية، ولأنه مبني على التغليب والاحتياط، ووجه الاتفاق على أنه لو ضربها أو مسها بيده وقال: أردت الطلاق، أنه لا يكون طلاقًا لأنه لم يأت بصريح الطلاق ولا بكنايته، فكذلك هاهنا.

فصل

وإنما قلنا: إن كتابة الطلاق باليد تكون طلاقًا إذا نواه خلافًا للشافعي(١)، لأن الكتابة مواضعة يعبر بها عما في القلب، فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ، وكذلك الإشارة التي يفهم منها الطلاق من الناحية الأخرى.

فصل

فأما الطلاق بالقلب من غير نطق، فوجه إيقاعه أن اعتقاد القلب لما كان لابد منه في وقف إيقاع الطلاق وكان حظ النطق إفهام الغير والتعبير عما في النفس عما جرى الخط والرمز وغير ذلك مما وضع للإخبار عما في النفس، وذلك غير مشترط في الإيقاع كان

---

(١) قال النووي: (إذا كتب القادر بطلاق زوجته نظر إن قرأ ما كتبه وتلفظ به في حال الكتابة أو بعدها طلقت وإن لم يتلفظ نظر إن لم ينو إيقاع الطلاق على الصحيح وقيل: تطلق وتكون الكتابة صريحًا وليس بشيء وإن نوى ففيه أقوال وأوجه وطرق مختصرها ثلاثة أقوال. أظهرها: تطلق مطلقًا. الثاني: لا، والثالث: تطلق إن كانت غائبة عن المجلس وإلا فلا) روضة الطالبين (٨/ ٤٠).

مجرد الاعتقاد كافيًا، ولأنه نوع تحرم به الزوجة فجاز أن يقع بالاعتقاد، وإن عرى من النطق، أصله الكفر، فوجه نفيه قوله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتى ما حدثت به أنفسها ما لم تنطق به أو تعمل به»[(١)]، ولأنه أحد طرفى العقد فكان نطقًا كالنكاح، ولأنه معنى يتعلق به تحريم الوطء فلم يقع بالاعتقاد كالبيع.

فصل

التى لم يدخل بها تبين بالواحدة لأنه لا رجعة له عليها لانتفاء العدة عنها، ويصح إيقاع الثلاث عليها بلفظ واحد خلافًا لمن حكى عنه منعه[(٢)]، ولأنها زوجته، فجاز أن يلحقها إيقاع الطلاق الثلاث فى لفظ واحد كان كالمدخول بها، ولأنه إذا قال: أنت طالق ثلاثًا فذلك تفسير لمراده باللفظ الذى يصح أن يراد به فلم يمتنع.

فصل

ويصح أن يوقع الطلاق الثلاث عليها بثلاثة ألفاظ متناسقة متتابعة غير متراخية وذلك أن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، خلافًا لأبى حنيفة[(٣)] والشافعى[(٤)]، لأن كل زوجة ملك إيقاع الطلاق الثلاث عليها فى لفظ واحد صح أن يوقعه بثلاثة ألفاظ: [كالمدخول بها ولأن المتناسق فى حكم الواحد][(٥)].

فصل

ولا يقع إن فرق بين الألفاظ وحصل التراخى بين كل لفظة إلا واحدة فقط لأن اللفظة الثانية تقع عليها بعد البينونة واستقرار الفراق بالأولى فلا يؤثر، وبذلك فارق المتناسق لأن اللفظة الأولى لا يستقر حكمها إلا بالفراغ من الباقيتين.

---

(١) أخرجه البخارى فى الطلاق (٩/ ٣٠٠) ح (٥٢٦٩)، ومسلم فى الإيمان (١/ ١١٦) ح (١٢٧/٢٠١).

(٢) انظر المغنى لابن قدامة: (٨/ ٢٤٣).

(٣) قال المرغينانى: (فإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل أن يقول: أنت طالق طالق طالق لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر فى آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى فى الحال فتصادفها الثانية وهى مبانة) الهداية للمرغينانى (١/ ٢٦١).

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٧٨). ومغنى المحتاج (٣/ ٢٩٦).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

الطلاق مبنى على السراية والتغليب، فإذا طلق البعض يسرى إلى الكل، وذلك على وجهين: أحدهما تبعيض الجزء لقوله: ربعك أو خمسك طالق، والآخر تعيين عضو كقوله: يدك أو رأسك أو رجلك أو فرجك طالق ولا يراعى فيه قلة الجزء وكثرته ولا عين العضو أو الشيء المعين منها مثل كونه يدًا أو رأسًا أو شعرًا أوسنًا أو لحمًا أو عظمًا.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا طلق البعض سرى إلى الكل خلافًا لمن قال: لا يقع طلاقًا أصلًا[١]، لأن الطلاق لما لم يصح تبعيضه لم يكن بد من أحد ثلاثة أمور: إما أن يقتصر بالتحريم على قدر ما يتناوله اللفظ وذلك ممتنع، أو أن يسقط فلا يكون له حكم، وذلك غير جائز لأنه يسقط التغليظ الذى هو موضوع الطلاق، [أو أن يعلم الكل ويسرى فيه وذلك ما قلناه][٢]، ولأنه لفظ تحريم فى الزوجة فلم يسقط حكمه كما لو عم، وإذا بطل ذلك لم تبق إلا السراية، ولأنه إذا اجتمع الحظر والإباحة فى شخص غلب عليه حكم الحظر كالأمة بين شريكين والمعتق بعضها والشاة يذبحها المسلم والمجوسى.

فصل

وإنما قلنا: إذا عين عضوًا منها طلقت أى عضو كان خلافًا لأبى حنيفة فى اعتباره أن يكون مما يعبر به عن الجملة[٣] كالرأس والفرج، لأنه بعض منها فأشبه الرأس والفرج، ولأن البعضية بالجزء لما عمت فكذلك بالأعضاء.

---

(١) فرق الأحناف والحنابلة بين ما إذا كان الطلاق إلى ما يعبر به عن الجملة أو على جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن، أما الأول فقالوا: يقع الطلاق أما إذا كان على جزء لا يعبر به عن جميع البدن كالشعر والظفر أو غيره فقالوا: لا يقع به الطلاق. انظر الهداية للمرغينانى (١/٢٥٣)، والمغنى لابن قدامة (٨/٤٢١).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) الهداية للمرغينانى (١/٢٥٣).

فصل

إذا شك هل طلق أم لم يطلق فلا شيء عليه، فإن طلق وشك فيما أراد به هل أراد واحدة أم اثنتين أم ثلاثًا كانت ثلاثًا إن لم يتحقق مراده، خلافًا لأبي حنيفة[1] والشافعي[2]، لأن التحريم متحقق، وإنما شك هل ترفعه الرجعة أم لا فحصل أنه شاك هل يمكنه رفع ذلك التحريم أم لا، فيجب أن يغلب التحريم كما لو شك في امرأتين يتيقن أن إحداهما أخته من الرضاعة ويشك في عينها فإنهما تحرمان عليه.

فصل

إذا قال لإحدى زوجاته: أنت طالق ولم يعينها ففيها روايتان: إحداهما وقوع الطلاق على الجميع[3]، والأخرى أنه يختار واحدة منهن، فوجه الأولى أنه لو لم يطلق الجميع لم يخل إيقاعه على واحدة أن يكون ابتداء، وذلك غير جائز لأنا نروم تنفيذ الطلاق الموقع دون شيء مبتدأ أو أن يكون بالقرعة فلا يصح أيضًا لأنها لا تدخل إلا فيما يتجزأ وينقسم، وذلك ممتنع في الطلاق، أو أن يتعين بتعيينه وذلك غير جائز لأن الطلاق إذا صدر من مكلف فلا بد له من محل يتعلق به، وفي اتفاقنا نفوذه على من يعينه في تأتي إخراجه عن محل يتعلق به، وفي اتفاقنا نفوذه على من يعينه في تأتي إخراجه عن محل ينفذ فيه وتبقيته في الذمة إلى أن يعين له محلاً وذلك جائز فلا يبقى إلا ما قلناه، ووجه الاختيار أنه إزالة ملك وقع مطلقًا غير معين، فكان للمالك تعيينه في كل من يصح أن يريده به، أصله العتق.

فصل

وأما إن عين وشك في التي نسيها فإن الكل يطلق عليه كما لو عرف عين من ذبح الشاة وشك هل هو مسلم أو مجوسي، ولأنه يحصل شاكًا في كل واحدة منهن هل تحل له أو هي حرام عليه كالشاك في امرأتين أيتهما أخته من الرضاعة مع تيقنه أنها إحداهما.

---

(١) انظر الفتاوى الهندية. (١/ ٣٦٣).

(٢) قال الخطيب الشربيني: (إذا شك في الطلاق فلا نحكم بوقوعه أو في عدده فالأقل يأخذ به) مغني المحتاج (٣/ ٣٠٣). روضة الطالبين (٨/ ٩٩).

(٣) وهذا هو نص الإمام مالك في المدونة، ولم يختلف قوله فيه. انظر المدونة (٢/ ١٢١). الكافي (٢/ ٥٨٢).

فصل

وإذا شك في مراده بالطلاق هل أراد واحدة أو اثنتين أم ثلاثًا؟ فإن أبانها في العدة حلت له بعد زوج لأنه لا يخلو طلاقه الأول أن يكون واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا، فإن كان دون الثلاث صارت الثلاث مردفة بما فيه على ما تقدم منها، فكان كمبتدئ إيقاعها، وإن كانت الأولى ثلاثًا فالثاني لغو، وتحل بعد زوج.

فصل

فإن كانت غير مدخول بها أو كانت مدخولاً بها إلا أنها خرجت من العدة وهو على كل [شكه]، فقد بينا أنها لا تحل له إلا بعد زوج بناء على أن الطلاق المشكوك فيه يكون ثلاثًا، فإذا تزوجت وبانت من ذلك الزوج ثم عادت إليه فطلقها فلا يخلو أن يطلقها ثلاثًا أو دونها، فإن طلقها ثلاثًا حلت له بعد زوج، وإن طلقها واحدة لم تحل له أيضًا إلا بعد زوج لجواز أن يكون ذلك الطلاق المشكوك فيه كان اثنتين وقد كمل بهذه الواحدة ثلاثًا فأخذنا بالأغلظ تغليبًا للتحريم، فإذا تزوجت ثم عادت إليه بنكاح جديد وبينونة من ذلك الزوج فطلقها واحدة لم تحل له أيضًا إلا بعد زوج لجواز أن يكون الأول المشكوك فيه كان واحدة، وقد تبعته طلقتان مفردتان فكمل ثلاثًا، إذا تزوجت ثم عادت إليه بعد ثلاثة أزواج فهل تعود عنده على الشك عنه، ففيه روايتان[1]، فوجه زوال الشك هو أنه قد تيقن الطلاق الثلاث، فزال حكم الشك أصلاً إذا طلقها ثلاثًا بكلمة واحدة، ووجه قوله: إنها لا تحل له إلا بعد زوج كلما طلقها واحدة ولو عادت بعد مائة زوج أنه إذا طلق الثلاثة وعادت إليه بعد زوج فتقدير الشك في الطلاق الأول ثابت غير زائل اعتباره كوجوبه قبل كمال الثلاث، وهذه المسألة التي يسميها أصحابنا الدولابية لأن المنع دائر معها كيفما دارت.

فصل

إذا طلقها دون الثلاث ثم عادت إليه قبل أن تتزوج، فإنها تعود على ما بقي من الطلاق بلا خلاف، فإن تزوجت ثم عادت إليه فإنها تعود إليه كذلك عندنا خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنها تعود على طلاق مبتدأ وأن الزوج قد هدم ذلك الطلاق[2]، لقوله

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٢/١١٩).

(٢) الاختيار للموصلي (٣/١١٢). الهداية للمرغيناني (٢/٢٨٩ ـ ٢٩٠).

تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٣٠] ثم قال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ولم يفرق بين أن يكون قد تخلل ذلك زوج أو لا، وأنه لم يستوف طلاق الملك فوجب عودها إليه على بقية الطلاق، أصله إذا عادت قبل الزوج.

فصل

إذا حلف بالطلاق على شيء أنه لا يفعله فطلقها ثم تزوجها، فإن اليمين تعود عليه ما بقي من الطلاق المحلوف عليه خلافًا للشافعي في قوله الآخر: أن زوال النكاح الذي حلف فيه يسقط حكم اليمين[1]، لأنها حال يملك فيها ابتداء إيقاع الطلاق المحلوف به فتعلق الحنث بها كالنكاح المحلوف فيه.

فصل

وإذا طلقها ثلاثًا ثم تزوجها بعد زوج لم يحنث بعد فعله ولم تعد اليمين عليه خلافًا للشافعي في قوله الآخر: أن اليمين تعود إليه[2]، لأن الطلاق المحلوف به قد زال فلم يبق لليمين مع حكم، أصله لو حلف بعتق عبده لا فعل شيئًا، فمات العبد قبل الفعل.

فصل

الأصل في ثبوت الرجعة[3] قوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة:٢٢٨]، وقوله: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف﴾ [البقرة:٢٢٩] قيل: هي الرجعة، وقوله ﷺ في حديث عمر: «مره فليراجعها»[4]، ولا خلاف في ذلك[5].

---

(١) قال الشيرازي: (إذا علق طلاق امرأته على صفة من عين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: لا يعود حكم الصفة في النكاح، الثاني: وهو اختيار المزني لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق كما لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار. الثاني: أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح لأن العقد والصفة وجدا في عقد النكاح فأشبه إذا لم يتخللهما بينونة. الثالث: أنها إن بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة وإن بانت بالثلاث لم تعد) المهذب (٢/ ٩٩).

(٢) انظر المهذب (٢/ ٩٩).

(٣) الرجعة تقال: بفتح الراء وكسرها وصوب الجوهري الفتح ووقع في استعمال الفقهاء بالكسر. وهي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٨٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٨٩)، المغني (٨/ ٤٧٠).

فصل

يستحب فى الرجعة الإشهاد وليس بشرط خلافًا للشافعى[1]، لأنها حق من حقوق النكاح، كالظهار والإيلاء والقسم وغير ذلك من حقوقه، ولأنه معنى يبيح الوطء كشراء الأمَة، ولأنه ليس بآكد من عقد النكاح، وقد بينا أن الإشهاد ليس بشرط فيه.

فصل

لا خلاف أنها تصح بالقول وتصح عندنا بالوطء والقُبْلة وسائر الاستمتاع للذة إذا نوى به الرجعة خلافًا للشافعى فى قوله: إنها لا تكون إلا بالقول[2] لأن القول الذى يثبت به رد المرأة إلى العقد المبيح للوطء أو استصلاح ما يثلم منه يجوز أن يقوم الوطء مقامه، أصله قول البائع قد اخترت رد هذه الأمَة إلى ملكى، ولأنه تصرف لا يكون مباحًا إلا مع البقاء على الملك المبيح له، فجاز أن يقع به الرد إلى الملك، أصله القول، ولا تكون رجعة إلا مع القصد به إلى ذلك خلافًا لأبى حنيفة[3]، لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى»[4]، ولأنه معنى مبيح للوطء فلم يصح إلا بنية كالتلفظ بعقد النكاح، ولأنه أحد الأنواع التى تثبت بها الرجعة كالقول.

فصل

ومن طلق امرأته ثم ارتجعها فلم تعلم حتى تزوجت، فإن دخل بها الثانى فلا سبيل للأول عليها، وإن لم يدخل بها ففيها روايتان: إحداهما أنها للأول، والثانية أنها للثانى، فوجه الأولى أنها لم تفت بدخول من زوج، فوجب أن تكون لمرتجعها، أصله إذا لم

(١) قال الخطيب الشربينى: (وفى الجديد أنه لا يشترط فى الرجعة الإشهاد بها لأنها فى حكم استدامة النكاح السابق ولذلك لا يحتاج إلى الولى ورضا المرأة والقديم المنصوص عليه فى الجديد أنه يشترط لا لكونها بمنزلة ابتداء النكاح بل لظاهر قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾. أى: على الإمساك الذى هو بمعنى الرجعة وأجاب الأول بحمل ذلك على الاستحباب كما فى قوله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ للأمن من الجحود وإنما وجب الإشهاد على النكاح لإثبات الفراش وهو ثابت هنا). مغنى المحتاج (٣/٣٣٦)، روضة الطالبين (٨/٢١٦).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٢١٥ ـ ٢١٧). المهذب (٢/١٠٣).

(٣) الاختيار للموصلى (٣/١٠٩).

(٤) تقدم تخريجه.

تتزوج، ولأن ذلك حكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولا مخالف عليه حكم به فى رجل يكنى أبا كنف وكان ارتجع وامرأته لا تعلم فتزوجت فأدركها والنساء يهدينها للثانى فكتب له عمر: أنه أحق بها إن كان الثانى لم يدخل بها[1]، ولأن هذه مبنية على الوليين وقد قدمناه، ووجه الثانية أن العقد للثانى حصل قبل علمها برجعة الأول بتقصير من جهته، فوجب أن تكون للثانى كما دخل بها، ولا يدخل عليه الوليان لأن الأول لا ينسب إلى تقصير لأن الذى زوج الثانى غيره، فأما مالم تتزوج فلا مراجعة بينه وبين غيره، وكذلك إسلام الكافر فى عدة امرأته التى أسلمت إذا لم تعلم حتى تزوجت ففيها روايتان كمسألتنا.

فصل

المطلقة الرجعية محرمة ما لم يراجعها خلافًا لأبى حنيفة[2] لأنها جارية إلى بينونة، أصله الكتابية إذا أسلمت بعد الدخول، ولأن الطلاق يوجب التحريم كالخلع واعتباراً به قبل الدخول.

فصل

العزل[3] جائز فى الجملة إذا لم يتعلق به إسقاط حق الغير لقوله ﷺ وسئل العزل خوف الحمل: «لا عليكم إلا تفعلوا فإنه ما من نسمة قدر الله أن تكون إلا كانت»[4]، ولم ينههم، ولأنه ترك لإتمام الوطء، وذلك غير ممنوع كما لو نزع ولم ينزل أصلاً، فإذا ثبت ذلك فلا يجوز عن الحرة إلا بإذنها لنهى النبى ﷺ عن ذلك[5]، ولأن تركه حق

---

(١) وروى معناه عن سعيد بن المسيب، وعبد الرحمن بن القاسم ونافع، وذلك لأن كل واحد منهما عقد عليها وهى ممن يجوز له العقد فى الظاهر، ومع الثانى مزية الدخول، فقدم بها. انظر المغنى لموفق الدين (٨/٤٩٨).

(٢) قال الموصلى: (الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء). الاختيار (٣/١٠٦)، الهداية للمرغينانى (٢/٢٨٨).

(٣) العزل عن المرأة أن لا يريق الماء فى فرجها وهو معروف. المطلع (ص/٣٢٩).

(٤) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/٢١٦) ح (٥٢١٠)، ومسلم فى النكاح (٢/١٠٦١) ح (١٢٥/١٤٣٨).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى النكاح (١/٦٢٠) ح (١٩٢٨) فى الزوائد: فى إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف.

لكل واحد من الزوجين لأنه من تمام الوطء فليس لأحدهما قطعه إلا باختيار الآخر، والحرة تختار لنفسها والأمَة خيارها إلى سيدها لأن له غرضًا فى كثرة ولدها فليس للزوج قطعه عنه، فأما أم الولد وسائر الإماء فلا حق لهن فى الوطء، وذلك ينفى أن يكون لهن حق فى إتمامه.

فصل

فسخ النكاح على ضربين: فسخ بطلاق، وفسخ بغير طلاق، وفائدة الفرق هو أنه إذا كان طلاقًا نقص به من أعداد الطلاق، فإن ورد بعد تطليقتين لم تحل له إلا بعد زوج، وإذا لم يعد طلاقًا فله أن يتزوجها من غير حاجة إلى زوج لأن الثلاث لم تكمل وفى اعتبار التمييز بينهما روايتان:

إحداهما بالخلاف القوى الظاهر دون الشاذ، فإن وجد ذلك فى النكاح المفسوخ كان فسخه طلاقًا، فإن عدم كان فسخه بغير طلاق.

والأخرى: أن يراعى ما له ثبت الفسخ، فإن كان مما يمكن الثبوت معه، وإنما فسخ لحق أحد الزوجين دون حق الله تعالى كان الفسخ طلاقًا، وإن كان مما لو أراد الزوجان أو أحدهما الثبوت عليه لم يجز له، فالفسخ بغير طلاق، فوجه اعتبار الخلاف الاحتياط للفروج وإباحتها باليقين دون الشك وبقاء الخلاف فى زوال النكاح لا يحصل معه اليقين، فوجب أن يعتبر بالطلاق ليحصل هذا المعنى، ووجه الأخرى أن المراعى فى ذلك الأمر الغالب الذى لا تمكن الإقامة على النكاح معه اعتبارًا بالرضاع والملك، فإذا ثبت هذا فالمسائل التى توجب فيها الفسخ تتفرع على هذا الخلاف: كالفسخ بتزويج المرأة نفسها والمحرم والشغار والمتعة وما أشبه ذلك من بابه يخرج على الروايتين، وفسخ النكاح بالعنة والجب والإعسار بالنفقة والمهر واختيار المعتقة نفسها والعيوب الأربعة والإيلاء وغير ذلك رواية واحدة أنه طلاق، والرضاع والملك ونكاح المرأة فى العدة والفرقة باللعان وإسلام المرأة، وما أشبه ذلك رواية واحدة أنه فسخ، وفى الردة وغيرها خلاف فى تخريجها.

فصل

إذا طلقها قبل الدخول ولها عليه مهر مسمى، فإن كان حالاً أخذت النصف حالاً لأن

الطلاق لا يمنع من ذلك، وإن كان مؤجلاً لـم تستحق أخذ شيء إلى حلول الأجل لأن الطلاق لا يوجب حـلول الديون المؤجلة، لأن الموجب لذلـك خـراب الذمـة بالموت أو عيبها بالفلس وذلك معدوم فى الطلاق، وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها نصف الحال مـعجـلاً وتنتظر بنصـفه المؤجل حلول الأجل اعـتبـاراً بكون جمـيعه عـلى أحد الصفتين.

باب

لا تقبل فى الشهادة على الطلاق إلا الرجال لأنها شهادة على حكم يثبت فى البدن مما يطلع عليه الرجال كالقتل ولا يقبل فيه شاهد ويمين، لأن ذلك مقصور على الأموال وحقوقها ولا يحلف فى دعوى بمجردها، لأن ذلك طريق إلى دعوى من تريد أذى زوجها [وفراقه وإعناته فى كل وقت، فإن انضم إلى دعواها ما يقويها مثل شاهد][١] واحد أو امرأتان حلف الزوج معها لقوله ﷺ: «إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت بشاهد عدل استحلف»[٢]، لأن دعواها قد قويت بذلك فينظر، فإن حلف سقطت الدعوى لأن فى الحديث: «فإن حلف بطلت شهادة الشاهد»[٣]، وإن نكل ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم عليه بالطلاق ولما روى فى الحديث: «فإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه»[٤].

والأخرى: أنه يحبس حتى يحلف [ووجهها][٥]: أن الشاهد والنكول أضعف من الشاهد واليمين، فلما لم يحكم بالطلاق بشاهد ويمين كان بأن لا يحكم بالشاهد والنكول أولى، والحديث إذا ورد فيه زيادة تردها الأصول كانت الأصول أولى.

فصل

إذا اختلف الشاهد على الطلاق بالزمان والمكان لم يمنع ذلك قبول الشهادة لأن القول يتكرر ويعاد ويكون الحكم فى الثانى أنه إعادة الأول لا استئناف كالإقرار بالمال، وبخلاف ذلك فى الأفعال لأن كل فعل له حكم نفسه لا يكون تكراراً للأول.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه ابن ماجه فى الطلاق (١/٦٥٧) ح (٢٠٣٨)، فى الزوائد: هذا إسناد صحيح ورجاله ثقات، والدارقطنى فى سننه (٤/٦٤) ح (١٥٥٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (ب) (زوجها).

فصل

وعدتها من يوم أخبر الآخر أنه سمع الطلاق فيه لأن بشهادته تمت البينة ووقع الحكم والعدة تتعقب الطلاق المحكوم به لا تتقدم عليه.

فصل

فإن اختلف في العدد أحدهما بواحدة والآخر باثنتين أو أحدهما بثلاثة، والآخر باثنتين حكم بالأقل وأحلف على الزيادة، فإن حلف بطل عنه وإن نكل كان على ما ذكرناه.

باب

مجرد الخلوة لا يوجب كمال الصداق إذا لم يكن وطء خلافًا لأبي حنيفة[١]، لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة:٢٣٧]، ولأنه لم يحصل منه المسيس المقصود بالعقد كما لو لم يخل بها.

فصل

إذا حصلت الخلوة فادعت الوطء فأنكره الزوج، ففيها ثلاث روايات:

إحداها: أن القول قولها جملة من غير تفصيل.

والأخرى: أنه إن كان ذلك فى منزلها فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن دخول بناء، وإن كان فى منزله، فالقول قولها مع يمينها.

والثالثة: أنها إن كانت ثيبًا فالقول قولها مع يمينها، وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء، فإن رأين أثر افتضاض صُدِّقت عليه، وإن لم يرين لم يكن لها إلا نصف الصداق[٢].

فوجه الأولى: أنها قد فعلت ما يلزمها من التسليم والتمكين من الاستمتاع فليست بمنسوبة إلى تفريط بترك التوثق بالإشهاد إذ لم يمكنها ذلك، فلو لم تصدق عليه لأدى إلى أن لا يثبت على أحد صداق بوطء إلا باعترافه، وفى ذلك إضاعة المهور وأعواض الاستمتاع.

ووجه الثانية: أن النزاع فى التداعى يرجع فيه إلى من يشهد له العرف من المتداعيين، فالعرف جار بأن الرجل ينقبض فى غير بيته إذا كان زائرًا غير مطمئن ولا ينبسط وأنه يستحى من اطلاع أهلها ومن هو فى دارها، فكان القول قوله فى أنه لم يطأ بشهادة العرف له، وبخلاف هذا إذا بنى بها لأنه إذا توطن واطمأن فى بيته أو بيت أهلها انبسط وزال الاستيحاش والانقباض عنه، فكان القول قولها أنه وطئها، فكذلك إذا خلا بها فى بيته فالقول قولها، لأن العرف يصير معها لأن الإنسان ينبسط فى بيته ولا ينقبض

---

(١) قال المرغيناني: (وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) الهداية (١/ ٢٢٣)، والاختيار (٣/ ٤٠).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٢/ ٢٢٢).

والعادة إقدامه على الوطء، ولأنه لا يتوقف عنه فصدقت عليه.

ووجه الثالثة: أنه إذا وجد سبيل إلى اليقين كان أولى من الظن والعمل على ظاهر لا يعرف صدقه، وذلك ممكن في البكر على ما ذكرناه من اختبارها بنظر النساء إليها، وجاز ذلك للضرورة كالعيوب، ولما لم يمكن في الثيب رجع إلى قولها، وكل من حكم بقوله فلا بد من يمينه.

فصل

وكل هذا الاختلاف إنما هو في تكميل الصداق، فأما العدة فإنما تجب ولا تسقط باختلافهما لأنها حق لله فلا يقبل قولهما في إسقاطه.

باب

والأَمَة إذا أعتقت وهى تحت عبـد، فلها الخيار لحديث بريرة لما أعتـقت وكان زوجها عبدًا، فجعل رسول الله ﷺ لها الخيار(١)، ولأن حرمتها قـد زادت على حرمته فلها أن ترضى به لأنها تقول: إنما رضيت أن يتزوجنى عـبد لما كنت أمَة فأما وأنا حرة فلا أرضى فيكون ذلك لها.

فصل

ولا خيـار لها تحت الحر خلافًا لأبى حنيـفة(٢)، لقول عـائشة رضى الله عنها: خـير رسول الله ﷺ بريرة، وكانت تحت عبد ولو كان زوجـها حرًا ما خيرها(٣) ومثل هذا لا يكون إلا توقيفًا، ولأن ذلك معنى لا يثبت لها الخيار عند ابتدائه إذا وقع العقد مطلقًا لم يثبت لها إذا طرأ عليـه، أصله إذا تزوجته أقطع اليدين لما لم يكن الخـيار كذلك إذا طرأ القطع عليه، ولأن حرمتها ليست بزائدة على حرمته بخلاف العبد.

فصل

واختيارها نفسها طلاق، لأنه ليس بغالب إذ المقام على النكاح جائز مع عتقها وتكون بائنًا لأنه خيار فى زوال العصـمة كالخلع ولو كانت الرجعة ثابتة لم يفـد الخيار شيئًا ولو أعتق العبد لم يكن له سبيل عليهـا، لأن البينونة حلت قبل عتقه، وإن أمكنته أن يطأها أو يقبلهـا بطل خيارها، لأن ذلك دلالة علـى رضاها به إلا أن يكون أكرههـا فلا يبطل الخيار، وهذا إذا أمكنته عـالمة بأنها أعتقت، فأما إن أمكنته مـن وطئها من قبل أن تعلم بعتقها فلا يسقط خيارها لأن ذلك لا يدل على رضاها بالثبوت معه، وإنما يدل على ذلك إذا كان بعـد علمها به، وسـواء كان قبل الدخـول أو بعده لأنه ﷺ خيـرها ولم يفرق، ولأنه علله بملكها بيضعها، واعتبارًا ببعد الدخول.

---

(١) أخـرجه البـخارى فى النـكاح (٩/ ٤١ ـ ٤٢) ح (٥٠٩٧)، ومسلم فى العـتق (٢/ ١١٤٢) ح (٧/ ١٥٠٤).

(٢) فى أن سوى بين ما إذا كانت تحت حر أو عبـد: قال الموصلى: (وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبة ولها زوج حر أو عبد فلها الخيار) الاختيار (٣/ ٥٠)، الهداية للمرغينانى (١/ ٢٣٦).

(٣) تقدم تخريجه.

وفي تطليقها نـفسها زيادة على الواحدة روايتان: فوجـه قوله: إن لها أن تطلق ثلاثًا أنها ملكـت ما كان للزوج يملك من أمـرها، فكان لها أن توقع مـا كان له أن يوقـعه، ووجه قوله: إنـه ليس لها أكثر من الواحـدة هو أن الغرض زوال العصمـة، فإذا حصل بالواحدة فلا فائدة في الزيادة عليها.

باب

الخلع[١] جائز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة:٢٢٩]، وقوله: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسًا فكلوه هنيئًا مريئًا﴾ [النساء:٤]، وحديث حبيبة بنت سهل لما شكت زوجها ثابت بن قيس إلى النبي ، فقالت: لا أنا ولا ثابت، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته» قالت: نعم، فأخذها منها وجلست في أهلها[٢]، ولأن المرأة قد تكره زوجها مع قيامه بحقوقها ولا يمكنها من مطالبته بالفرقة لأن ذلك لا يلزمه إلا برضاه، فجاز أن تبذل له عوضًا على ذلك.

فصل

ويجوز أن يخالعها على الصداق وأقل وأكثر، خلافًا لمن ذهب إلى منع الزيادة عليه[٣] لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة:٢٢٩] فعم، ولأنه عوض مبذول في الخلع يجوز أن يكون مثله عوضًا في غير الخلع، فجاز أن يكون عوضًا في الخلع، أصله مقدار الصداق.

فصل

ويصح مع الرضا وعدم الإضرار خلافًا لقوم[٤] لقوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسًا فكلوه هنيئًا مريئًا﴾ [النساء:٤] فعم، ولأنها معاوضة تجوز حال الخصومة فجازت مع التراضي كالبيع والإجارة.

---

(١) الخلع في اللغة: النزع وبالضم طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها. القاموس المحيط (٣/١٨).

وفي الاصطلاح: (عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض) شرح حدود ابن عرفة (٢٧٥١).

(٢) أخرجه البخاري في الطلاق (٩/٣٠٦) ح (٥٢٧٣)، وأحمد في المسند (٤/٣) ح (١٦١٠١).

(٣) حكى ذلك عن عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب قالوا: لا يأخذ أكثر مما أعطاها وروى ذلك عن (علي) بإسناد منقطع) المغني (٨/١٧٥).

(٤) حكى ذلك عن ابن المنذر وداود، ووجه عند الحنابلة، انظر المغني (٨/١٧٧).

فصل

وإن كان الإضرار من قبله نفذ الطلاق ورد ما أخذ منها خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يرد شيئًا[1]، أما نفوذ الطلاق فلأنه قد ألزمه نفسه فلا سبيل إلى رفعه، وأما وجوب رد ما أخذه فلأنه كان مستحقًا عليه إزالة الأضرار وما ألزم الإنسان إزالته بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عليه.

فصل

والخلع طلاق وليس بفسخ خلافًا للشافعى[2] لأنه ﷺ لما خلع بين حبيبة وثابت بن قيس فقال لها: «اعتدى» ثم التفت إليه فقال له: «هى واحدة»[3]، وهذا نص، ولأن كل فرقة يجوز الثبوت على النكاح مع الحال الموجبة لها فإنه طلاق لا فسخ اعتبارًا بفرقة العنين والمولى عكسه الرضاع والملك، ولأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذى يملكه الطلاق دون الفسخ لأنه لو قال: قد فسخت النكاح لم ينفسخ إذ لم يرد الطلاق.

فصل

ولا رجعة فى الخلع خلافًا لأبى ثور[4] لأن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها، وفى ثبوت الرجعة عليها تبقية الضرر، ولأن فى إثبات الرجعة فى الخلع جمعًا للزوج بين العوض والمعوض، وذلك ما لا سبيل إليه.

فصل

فإن بذلت له العوض وشرط الرجعة ففيها روايتان: إحداهما ثبوتها والأخرى سقوطها، فوجه ثبوتها أن العوض يكون فى مقابلة ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها على هذا عاوضته، ووجه نفيها أنه طلاق بعوض فوجب أن تنتفى معه الرجعة، أصله إذا طلق، ولأنه شرط فى العقد ما يمنع

(١) روضة الطالبين (٧/ ٣٧٤).

(٢) هو أحد قولى الشافعى قاله فى القديم. الحاوى الكبير للماوردى (١٠/ ٩)، مغنى المحتاج (٣/ ٢٦٨).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال أبو ثور: إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق. المغنى (٨/ ١٨٤).

المقصود منه، فلم يثبت كما لو شرطت فى النكاح أن لا يطأ.

فصل

ولا يلحقها ما أردفها فى العدة خلافًا لأبى حنيفة[1]، لأنها فرقة لا رجعة فيها كالثلاث أو قبل الدخول، ولأن كل من يطلق باللفظ العام للنساء لم يطلق مع التعيين، أصله بعد العدة.

فصل

وله أن ينكحها فى العدة برضاها لأن الماء له واعتبرنا رضاها لأنه نكاح وليس برجعة.

فصل

لا نفقة للمختلعة لأن طلاقها بائن كالمبتوتة، وإن كانت حاملاً لزمته النفقة للحمل لأنها كالمبتوتة الحامل.

فصل

إذا خالع عن خمر أو خنزير أو ما لا يصح للمسلم تملكه وقع الطلاق بائنًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يقع رجعيًا[2] لأنه طلاق أوقعه على وجه الخلع فكان بائنًا كما لو صح العوض.

فصل

ولا يكون الرجوع بشىء خلافًا للشافعى فى قوله: يستحق عليها مهر المثل[3] لأنه لما رضى بأن يعتاض ما لا يصح أن يكون عوضًا فى حقها كان راضيًا بسقوط العوض، فلم يجب له بدل، ولأنه معنى يصح أن يوقع بغير عوض يفوت بنفس وقوعه لا يمكن

(١) فتثبت الفرقة، ولا شىء على المرأة من جعل ولا ترد من مهرها شيئًا كذا فى الحاوى القدسى. انظر الفتاوى الهندية (١/ ٤٩٤).

(٢) قال المرغينانى: (وإن بطل العوض فى الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شىء للزوج والفرقة بائنة وإن بطل العوض فى الطلاق كان رجعيًا). الهداية (٢/ ٢٩٣)، الاختيار للموصلى (٣/ ١٢٢).

(٣) قال النووى: (هل يرجع عليها بمهر مثلها: أم ببدل المذكور قولان أظهرهما الأول) روضة الطالبين (٧/ ٣٩٠).

الفسخ فيه، فإذا وقع بما لا يصح أن يكون بدلاً لم يستحق أن يكون لموقعه به بدل، أصله العتق.

فصل

خلع المريضة جائز إذا كان خلع مثلها واختلف فيه، فقيل: بقدر ميراث الزوج، وقيل: بالثلث، وإن زاد على قدر الميراث، فوجه الأول أن ما زاد على قدر الميراث إقرار لبعض الورثة بمال دون غيره فلم يجز، ووجه الثانى أن المريض مالك لثلث ماله، فجاز لها الخلع عليه كحال الصحة.

فصل

ولا اعتبار بصداق المثل فى ذلك خلافًا للشافعى[1]، لأنه ليس فى مقابلته ما يقوم به وصداق المثل لا يعتبر إلا فى هذا.

فصل

يجوز الخلع على الغرر والمجهول كالآبق والشارد، فإن سلم أخذه وإلا فلا شىء له والطلاق نافذ على كل حال، خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى فى منعهما ذلك[3]، لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة:٢٢٩] فعم، ولأنه يصح أن يملك بالهبة والوصية، فجاز أن يكون بدلاً فى الخلع كسائر الأعيان.

فصل

إذا قصد إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعًا عند مالك، وقال أشهب: يكون طلاقًا رجعيًا، فوجه قول مالك: إنه طلاق قصد أن يكون خلعًا، فكان على ما قصده كالذى معه عوض، ولأن عدم حصول العوض فى الخلع لا يخرج الطلاق عن لزومه على قصد موقعه إذا عاوض بخمر أو بخنزير، ووجه قول أشهب أن معنى الخلع بدل عوض على الطلاق، فإذا لم يقع عوض خرج عن معناه، ولأنه طلاق بغير عوض كالمبتدأ.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٧/ ٣٨٧).

(٢) قال المرغينانى: (وإذا اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) الهداية (٢/ ٢٩٤).

(٣) قال الخطيب الشربينى: (بانت بمهر مثل لأنه المراد عند فساد العوض)، مغنى المحتاج (٣/ ٢٦٥)، روضة الطالبين (٧/ ٣٨٩).

باب

إذا قبح ما بين الزوجين وظهر الشقاق فإذا علم الإضرار من أحدهما أمر بإزالته، فإن أشكل ذلك بعث الحاكم حكمين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل المرأة عدلين فقيهين فينظران بينهما ويجتهدان فى الإصلاح إن تمكنا، فإن لم يقدرا عليه ورأيا الصلاح فى الفرقة فرقا بينهما، فإن رأيا أن يأخذا له شيئًا من مالها ليكون خلعًا فعلا، وكان ذلك لهما على طريق الحكم دون التوكيل وافق حكم قاضى البلد أو خالفه، وإن لم يكن فى أهلهما من يهتدى لذلك جاز أن يكونا أجنبيين.

فصل

والأصل فى الحكمين قوله تعالى: **﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها﴾** [النساء:٣٥] الآية، وبعث عثمان بن عفان ابن عباس ومعاوية حكمين فى قصة عقيل بن أبى طالب وامرأته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة وقال علىّ رضى الله عنه للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما[١].

فصل

وإنما قلنا: إنهما إن رأيا أن يفرقا فرقا لا على طريق التوكيل بل على وجه الحكم خلافًا لأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى[٢]، لقوله تعالى: **﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها﴾** [النساء:٣٥]، وذلك خطاب للأئمة والحكام دون الزوجين، ولأنه تعالى سماهما حكمين وذلك يفيد تعلق الحكم بينهما دون الوكالة، ولقول علىّ رضى الله عنه للحكمين: أتدريان ما عليكما إن رأيتما أن تصلحا أصلحتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما[٣] ولم يشترط رضا الزوجين، ولأن للحاكم مدخلاً فى إيقاع

---

(١) ذكره الحافظ ابن حجر وعزاه إلى عبد الرزاق فى مصنفه. انظر تلخيص الحبير (٣/ ٢٢٩).

(٢) قال الإمام النووى: (ثم المبعوثان وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم فيه قولان أظهرهما: وكيلان). روضة الطالبين (٧/ ٣٧١)، المهذب (٢/ ٧٠).

(٣) تقدم تخريجه.

الفرقة بين الزوجين لإزالة الضرر كالإيلاء والإعسار بالنفقة والمهر وغير ذلك، وإنما أجزنا لهما أن يأخذا له شيئًا من مالها، لأن الإصلاح موكول إلى اجتهادهما، فقد يريان الحظ في ذلك لأنه ﷺ قد فعل ذلك في قصة حبيبة بنت سهل مع ثابت بن قيس[1]، وإن لم يكن ذلك على وجه التحكيم.

فصل

وإنما استحببنا أن يكونا من أهلهما للنص على ذلك، ولأن الأهل أخبر بالقصة وأعرف بطيها وأهدى إلى إصلاحها، فكانا أولى من الأجانب، ولأن الأهلية تبعث على المبالغة في النصيحة للتناهي في الإشفاق، وإنما قلنا: إنه يجوز أن يكونا أجنبيين إن لم يكن في الأهل من يقوم بذلك لأن الغرض ما ذكرناه وكونهما من الأهل أنجز للقصة وأبلغ في إصلاحها، لا أن ذلك شرط لأنه ليس في الأصول حكم شرط في متوليه أن يكون من أهل المتحاكمين.

فصل

وإنما قلنا: لا فرق بين أن يوافق رأي قاضي البلد أو يخالفه، لأن الاجتهاد مطلق لهما والأمر بفعل ما يريان الصلاح فيه متوجه إليهما وهما ممنوعان من تقليد غيرهما، فقد يوافق رأيهما مذهب قاضي البلد، وقد يخالفه فلم يكن بذلك اعتبار.

---

(١) تقدم تخريجه.

باب

إذا ملَّك الرجلُ امرأتَهُ طلاقها جاز لأنه قد وكلها بذلك والتوكيل فى الطلاق جائز، ولفظه أن يقول: قد ملكتك أمرك أو طلاقك أو أمرك بيدك أو ما أشبه هذه الألفاظ، ثم لا يخلو أن تجيب فى المجلس أو تمسك فلا تجيب، فإن لم تجب وقد أمكنت من الجواب حتى افترقا ففيها روايتان[1]: إحداهما بطلان تمليكها، والأخرى ثبوته وإنه لا يقطعه إلا إيقافها أو تمكينها إياه من نفسها، فوجه الأولى أنه إيجاب يقتضى قبولاً، فإذا لم يحصل الجواب فى الحال بطل كلفظ الإيجاب فى البيع والنكاح، ووجه الثانية اعتباره بإعتاق الأمَة تحت العبد لأنه جعل طلاقها بيدها.

فصل

وإن أجابت لم يخل أن يكون صريحًا بقبول أو رد أو مبهمًا، فإن كان مبهمًا لم يضرها إن قامت من المجلس ولم تفسره وأخذت بتفسيره فيما بعد، وإنما قلنا ذلك لأن الجواب قد حصل منها، وإن كان مجملاً فلم يجعل كعدمه، وإن كان مفسرًا عمل على ما يوجب من قبول أو رد، وإنما قلنا ذلك لأنه قد جعل لها أن تملك فصار ذلك حقًا لها، فكان لها استيفاؤه أو إسقاطه، فألفاظ القبول أن تقول: قد قبلت طلاقى أو قبلت نفسى أو طلقت نفسى أو ما أشبه ذلك، فهذا كله صريح فى القضاء بالطلاق ثم ينظر، فإن كان فى هذه الألفاظ التى تقضى بها ما لا يحتمل إلا الثلاث أو ما يحتمل الثلاث وما دونها فله مناكرتها إن ادعى أنه لم يرد بالتمليك إلا واحدة، وإنما يكون له ذلك بثلاثة شروط وهى: أن يزعم أنه نوى ذلك عند التمليك، وأن يكون تمليكه إياها ابتداء طائعًا من غير شرط، وأن يناكر فى الحال فمتى انخرم من هذه الشروط شىء لم تكن له المناكرة وجاز عليه ما قضته، وإنما شرطنا أن يكون نوى ما يدعيه عند التمليك لأن ظاهر تمليكه يوجب أنه ملَّكها جميع ما بيده، وإذا ادعى ما يخالف ذلك لم يقبل منه إلا أن يكون ذلك فى الحال، وإنما قبلنا دعواه لأن الطلاق بيده فلا يخرج عنه إلا ما أقر أنه أراد تمليكها يحتمل ما قاله، وإنما شرطنا أن يكون ذلك فى الحال لأن إمساكه عنها دلالة على رضاه بما قضت واعتراف منه لأنه لو كان بخلاف ذلك لبادر بالإنكار ولم يتوقف،

(١) انظر المدونة الكبرى (٢/٢٦٩).

وإنما شرطنا أن يكون تمليكه لها طوعًا لا عن شرط لأنه إذا كان شرط فالغرض منه تمليك ما تزول به العصمة لا نقصان عدد الطلاق وبقاء العصمة لا يُحصِّل هذا، وذلك كالعوض فى الخلع أن المقصود منه زوال العصمة، وإلا لم يستفد بالعوض شيئًا، وإذا كان ابتدأ فلم يستحق عليه فى مقابلته ما يقتضى نوعًا منه دون غيره، وألفاظ الرد أن تقول: قد قبلت أمرى أو قبلت ما ملكتنى أو رضيت أمرى أو ما أشبه هذا، فهذا يحتمل الأمر الذى هو البقاء على الزوجية والأمر الذى هو الفراق فأى الأمرين فسرت به مرادها قبل منها.

فصل

والتخيير على ضربين: تخيير فى أعداد الطلاق، وتخيير فى النفس، فالأول مثل أن يقول: اختارينى أو اختارى طلقة أو طلقتين فيكون على ما قاله، ولا يكون لها اختيار زيادة على ما جعل لها، والثانى مثل أن يقول اختارينى أو اختارى نفسك، وذلك عندنا عبارة عن اختيار ما تنقطع به العصمة فلا يكون فى المدخول بها بأقل من ثلاث، فإن اختارت كان ذلك لها لجعله ذلك إليها وتمليكها إياه، وإن اختارت دون الثلاث لم يكن ذلك إبطالاً لحقها ولم يلزمه طلاق أصلاً لا ما اختارته ولا ما جعله إليها، هذا قول مالك، وقال عبد الملك: إذا اختارت ما دون الثلاث كان ذلك اختيار منها للثلاث وتبين منه[1].

فوجه قول مالك: أنها اختارت ما لم يجعل إليها اختياره دون ما جعل لها فلم تكن بذلك مختارة لما جعل لها اختياره، أصله لو اختارت شيئًا يخالف ما هما فيه، فلا خلاف أن ذلك قطع لخيارها.

ووجه قول عبد الملك: أن اختيار التبعيض فيما لا يتبعض اختيارًا له بكماله، فإذا ثبت هذا فإنما قلنا: إن الخيار فى النفس يقتضى زوال العصمة لأن مفهومه اختيار البقاء على الزوجية أو الانفكاك عنها، لأن لفظه ينفى الاشتراك بينه وبينها، فإذا اختارت واحدة أو اثنتين، فلم تختر نفسها لأنها قد أبقت له سبيلاً عليها ولم تختره لأنها قد ثلمت عقد الزوجية والتمليك بخلاف ذلك، لأنه تمليك لإيقاع طلاق مجمل لا يقتضى زوال عصمة ولا بقائها، فإن كان مدخولاً بها فقد ذكرنا حكمها، وإن كانت غير مدخول

(١) انظر المدونة الكبرى (٢/٢٦٨).

بها فقضت بالثلاث فله مناكرتهـا، لأن الغرض الذى هو زوال العصمة يحصل بالواحدة بخلاف المدخول بها.

فصل

إذا ردَّت المملَّكة والمخيَّرة ما جـعل إليها، فهى على ما كانت من الزوجـية ولا يلزمه شىء خلافًا لمن ذهب إلى أنه يلزمه واحدة رجعية[1] لقول عائشة رضى الله عنها: خيَّرنا رسول الله ﷺ فاخترناه[2]، فلم يعـد ذلك طلاقًا، ولأن قوله : اخـتارينى أو اخـتارى نفسك فائدته أن اخـتـيارها لنفسها ضد اخـتـيارها له، فإذا كان اختيارها نفسـها فراقًا كان اختيارها له بقاء على الزوجية.

(١) روى ذلك عن الحسن وروى عن على ورواه إسـحاق بن مـنصور عن أحـمـد). انظر المغنى (٨/ ٢٩٨).

(٢) أخـرجـه البـخارى فـى الطلاق (٩/ ٢٨٠) ح (٥٢٦٢) ، ومـسـلم فى الطلاق (٢/ ١١٠٤) ح (٢٧/ ١٤٧٧).

باب

الإيلاء في اللغة: الحلف، يقال: آلى يولى إيلاء وإلية[1]، والإيلاء الشرعي هو: الحلف بيمين يلزم بالحنث فيها حكم على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر، حرة كانت أو أمَة مسلمة كانت أو كتابية[2]، فإن ترك الوطء بغير يمين غير مضار أو يمين لا يلزمه بها حكمًا أو حلف بيمين يلزمه الحنث فيها حكم، ولكن على ترك وطء أمَة أو حرة أربعة أشهر فدونها فليس ذلك بإيلاء شرعي، واليمين في الإيلاء أن يحلف بالله أو بصفة من صفات ذاته أو بنذر صلاة أو حج أو صوم أو مشي أو صدقة أو عتق أو بطلان غير المولى منها، فإن كان رجعيًا لزمه وَفْيَه بالوطء ويحنث بأول الإيلاج ينوى الارتجاع ويتم الوطء، وإن كان ثلاثًا عند مالك يلزمه الإيلاء ويمكن منها، فإذا ابتدأ الإيلاج نزع وحرمت عليه، فلم تحل له إلا بعد زوج.

وعند عبد الملك لا يمكَّن وتطلق عليه ولا يلزمه إيلاء بيمين لا يلحقه ضرر بالحنث فيها كقوله: والنبي والكعبة وما أشبه ذلك ويضرب للمولى أجلاً أربعة أشهر للحر وشهران للعبد من يوم حلف ويمكن فيه منها، فإن فاء وإلا وقف بعد انقضائها، فإما فاء وإما طلق: فإن فاء فهي امرأته وإن أبى فاختارت فراقه أمر بالفراق، فإن طَلَّق وإلا طُلِّق عليه، وله الرجعة إن فاء في العدة ويعتبر صحتها بالوطء، فإن وطئ فيها وإلا لم تصح وبانت منه بانقضاء العدة إلا أن يكون له عذر في امتناعه، ومن ترك الوطء مضاراً، وعرف ذلك منه وطالت المدة به كان حكمه حكم المولى، وقيل: يفرق بينهما من غير ضرب أجل، ولا إيلاء في ملك اليمين ولا تطلق عليه بمضي المدة إلا بأن يوقف فيمتنع فيكون الحكم على ما ذكرناه.

فصل

وإنما شرطنا في الإيلاء أن يترك الوطء بيمين لما بيناه من أن الإيلاء الحلف في اللغة، وقد قال تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة:٢٢٦]، وإنما

---

(١) القاموس المحيط (٤/ ٣٠٠).

(٢) وعرّفه ابن عرفة بقوله: (حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٩١).

شرطنا فى الإيلاء أن يكون بيمين يلزمه بالحنث فيها حكم لأن اليمين التى لا يتعلق بالحنث فيها حكم ولا ضرر ولا غرم ووجودها وعدمها سواء، فكان الحالف بها كالممتنع بغير يمين، ولا خلاف أن اليمين بالله وصفات ذاته يتعلق بها الإيلاء، وأما الحلف بغيرها فيلزم عندنا خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يكون موليًا إلا إذا حلف بالله فقط[1] لقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾ [البقرة:٢٢٦] فعم، ولأنه يمين يلحق الضرر بالحنث فيها أو يلزمه حكم بذلك كاليمين بالله .

فصل

وإنما شرطنا: أن يحلف على ترك وطء زوجته لأن الإيلاء حلف على الامتناع من وطء من لها حق فى الوطء مضاراً بذلك، والأمَة لا حق لها فى الوطء فلا يكون مضاراً بها إذا حلف على ترك وطئها، وإنما سوينا بين الزوجات فى ذلك لتساويهن وإن لكلهن حقًا فى الوطء.

فصل

وإنما قلنا: إنه يكون موليًا بحلفه بطلاق غيرها لأنها يمين يلحقه الضرر بالحنث فيها، ووجه قول مالك: إنه يكون موليًا إذا حلف بطلاقها ثلاثًا أنه حلف على ترك وطئها بيمين يلزمه بالحنث فيه حكم كالحالف بطلاق غيرها، ولأنه معنى يحرم وطئها عليه فجاز إذا حلف به أن يكون موليًا، أصله الظهار، ووجه قول عبد الملك ما احتج به له وهو قوله: إنه لا يمكنه الفىء إلا بالحنث ولا يصل إلى الحلال منه إلا بالحرام وذلك ممنوع، وإذا لم يمكن الفىء وجب الفراق ولا معنى مع ذلك لضرب الأجل لأن ما لم يراد مقتدر، فأما إذا كان الطلاق رجعيًا فيصل إلى الفىء وعلى وجه جائز، فإن نوى الارتجاع مع الإيلاء فيكون جميع الوطء حلالاً.

فصل

وإنما قلنا: إنه يضرب له أجل أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة:٢٢٦]، وإنما قلنا: إن أجل العبد شهران خلافًا لأبى حنيفة[2]

---

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٠/٣٣٧)، مغنى المحتاج (٣/٣٤٤).

(٢) فى اعتباره المدة بالمرأة وليس بالرجل كما فى عدد الطلقات. انظر الاختيار للموصلى (٣/١١٥) غرر الأحكام (١/٣٨٧).

والشافعي[١]، لأنه معنى يتعلق به حكم البينونة فوجب نقصانه فيه عن الحر، أصله الطلاق.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل من يوم حلفه لأنه من ذلك الوقت صار موليًا ومعتقدًا الإضرار بالمرأة بالحلف على ترك حقها، وإنما قلنا: إنه يمكَّن منها في الأجل لأنه مضروب له فلا يمنع مما يؤدي إلى إزالة الضرر الذي هو مأخوذ بإزالته إلا أن هذا الفيء لا توجبه عليه بعد انقضاء الأجل لأن الأجل مضروب له، فإن فاء في الأجل حنث وزال حكم الإيلاء عنه، وإن انقضى ولم يف طولب بذلك فيما بعد، وإنما لم نوجب عليه الفيء في المدة وأخذناه به بعدها خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إن المدة مضروبة ليفيء فيها أو تبين منه بانقضائها[٢]، لأنه حق له بدليل قوله تعالى: ﴿**للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر**﴾ [البقرة:٢٢٦] فأضافها إلى المولي وجعلها حقًا له وجعل الفيء حقًا عليه للمرأة، وما كان حقًا للإنسان فلا يكون محلاً لحق عليه بدليل أن الآجال في الديون لما كانت حقًا لمن عليه الدين لم تكن محلاً للدين الذي عليه.

فصل

وإنما قلنا: لا تطلق بمضي الأجل خلافًا لأبي حنيفة[٣] لقوله تعالى: ﴿**فإن فاءوا**﴾ [البقرة:٢٢٦] فجعل له الفيء بعد المدة، وذلك يتضمن بقاء الزوجة، ولأنه تعالى جعل الفيء والطلاق متعلقين لفعله لقوله تعالى: ﴿**فإن فاءوا...**﴾، ﴿**وإن عزموا الطلاق**﴾ [البقرة:٢٢٦ ـ ٢٢٧]، ولأنهما يمين بالله فلم يلزمه بها الطلاق، أصله إذا حلف على أقل من أربعة أشهر، ولأنها مدة ضربت بالشرع لم يتقدمها فرقة فلم يكن مضيها بينونة، أصله من العنة.

---

(١) في أنه سوى بين الحر والعبد قال الخطيب الشربيني: (يمهل المولي وجوبًا أربعة أشهر سواء الحر والرقيق) مغني المحتاج (٣/٣٤٨)، روضة الطالبين (٨/٢٥١).

(٢) انظر الاختيار للموصلي (٣/١١٤)، الهداية للمرغيناني (٢/ ٢٩٠).

(٣) قال المرغيناني: (وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقه) الهداية (٢/ ٢٩٠) الاختيار (٣/١١٤).

فصل

وإنما قلنا: إنه يؤخذ بعد مضى الأجل بالفىء أو الطلاق لقوله تعالى: ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم * وإن عزموا الطلاق﴾ [البقرة:٢٢٦ ـ ٢٢٧]، ولأنه مأخوذ بإزالة الضرر عنها، فإن فاءوا فلا إزالة بالطلاق إذا طالبت به، فإن طلق وإلا طلق الحاكم عليه، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يطلق عليه ولكن يحبس ويضيق عليه حتى يطلق بنفسه[1]، لأنه طلاق مستحق عليه لإزالة الضرر، فجاز أن يليه الحاكم عند امتناعه منه، أصله طلاق المعسر بالنفقة.

فصل

وإنما قلنا: إن الطلاق يكون رجعيًا إن لم يطلق هو ثلاثًا أو يكمل به عدد الثلاث خلافًا لأبى ثور فى قوله: إن الطلاق يقع بائنًا[2] لقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحًا﴾ [البقرة:٢٢٨]، ولأنه طلاق مجرد صادف اعتدادًا قبل استيفاء العدد، فوجب أن يكون رجعيًا، أصله غير المولى.

فصل

وإنما قلنا: إن الرجعة لا تقع منبرمة لأن كل طلاق وقع لأجل ضرر، فالرجعة فيه معتبرة بزوال ذلك الضرر، فإن زال الضرر صحت وصار كطلاق المبتدأة، وإن لم يزل لم تصح لأنها لو صحت لم ينفع الطلاق شيئًا فاحتيج إلى أن يطلق عليه ثانيًا والطلاق الأول كاف.

فصل

وإنما قلنا: إن الرجعة إذا لم تصح بانت منه ولم يحتج إلى ضرب أجل ثان خلافًا

---

(١) قال النووى: (قال الإمام: وليس لها أن توجه الطلب نحو الفيئة وحدها بل يجب أن تكون المطالبة مترددة فإن لم يفئ وأبى أن يطلق فقولان أظهرهما وهو الجديد وأحد قولى القديم واختيار المزنى أنه يطلقها القاضى طلقة والثانى: لا يطلق عليه بل يحبسه ويعزره حتى يفىء أو يطلق) روضة الطالبين (٨/ ٢٥٥)، الحاوى الكبير للماوردى (١٠/ ٣٥٦).

(٢) قال أبو ثور: (طلاق المولى بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع الضرر فكان بائنًا كفرقة العنة) المغنى لابن قدامة (٨/ ٥٤٣).

للشافعي[1]، لأنها مدة ضربت لإزالة ضرر بترك الوطء فلم تضرب ثانية كأجل العنين.

فصل

وإنما قلنا إذا ترك الوطء مضاراً وطال ذلك منه كان له حكم المولي، لأن الإضرار بها موجود لا طريق إلى إزالته إلا بضرب الأجل، فكان كالحالف، ووجه القول إنه لا يضرب له أجل وتطلق عليه، أن الأجل للحالف وهذا غير حالف.

فصل

وإنما قلنا: إنه يصدق إذا كان له عذر من مرض أو حبس أو غيره لأن الظاهر أن ترك الوطء لأجله، وإنما يحمل على الإضرار إذا لم يكن له ما يحمل عليه غيره وتصديق ذلك أن يكفِّر عن يمينه أو يلتزم ما يلتزمه الحانث، فإن لم يفعل عرف كذبه والله أعلم.

(١) انظر مغني المحتاج (٣/٣٤٨ ـ ٣٤٩)، روضة الطالبين (٨/ ٢٥١).

باب

الظهار[1] محرم لقوله تعالى: ﴿الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾ [المجادلة: ٢]، ففيها على تحريمه أدلة: أحدها: إكذابهم فى تشبيههم الزوجة بالأم، والأخرى: إخباره بأنه قول منكر وزور، والثالث: إخباره بأنه تعالى يعفو ويغفر.

فصل

حقيقة الظهار تشبيه المرأة المحللة له بظهر من تحرم عليه، وصريحه أن يقول: أنت علىَّ كظهر أمى، وهو الذى ورد الظاهر به ثم يجرى غيره مجراه فى كونه ظهاراً، وتعلق الأحكام به فكان من تظاهر بمحرمة عليه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مهر، فإنه مظاهر مثل أن يقول: أنت علىَّ كظهر أبى أو ابنتى أو أختى أو سائر ما يحرم عليه من القرابات من نسب أو رضاع أو امرأة أبيه أو ابن أو أم أو أم زوجته أو بنتها وقد دخل بالأم، ولا فرق بين الظهر وغيره من الأعضاء ولا بين تشبيه الجملة بالجملة أو البعض بالبعض أو البعض بالجملة من أى الطرفين كان:

والجملة بالجملة أن يقول: أنت علىّ كأمى أو مثل أمى، والبعض بالبعض مثل أن يقول: فرجك علىّ كظهر أمى وما أشبه ذلك.

والبعض بالجملة أو الجملة بالبعض كقوله: أنت علىّ كظهر أمى أو فرجك علىّ كأمى، فأما التى لا تحرم بالتأبيد كالجارة وسائر الأجنبيات، فإنه ظهار عند مالك وطلاق عند عبد الملك، ويلزم الظهار فيمن تحل بالملك من أمته أو أم ولده.

---

(١) الظهار: قوله لامرأته أنت على كظهر أمى وقد ظاهر منها مشتق من الظهر وخصوا الظهر دون غيره لأنه موضع الركوب والمرأة مركوبة إذا غشيت فكأنه إذا قال: أنت على كظهر أمى أراد: ركوبك للنكاح حرام على كركوب أمى للنكاح فأقام الظهر مقام الركوب لأنه مركوب وأقام الركوب مقام النكاح لان الناكح راكب وهذا من استعارات العرب فى كلامها. انظر القاموس المحيط (٢/ ٨٢) المطلع (ص/ ٣٣٥).

وفى الاصطلاح (تشبيه زوج أو ذى أمة حل وطؤه إياها بمحرم منه أو بظهر أجنبية فى تمتعه بهما والجزء كالكل والمعلق كالحاصل) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٢٩٥).

فصل

وإنما قلنا: إن الظهار في ذوات المحارم بالنسب والرضاع خلافًا للشافعي في أحد قوليه(١) فيما عدا الأمهات والجدات، لأن البنوة والأخوة نسب متأبد التحريم كالأمومة، وإنما سوينا بين الرضاع والصهر وبين النسب لأنه معنى يقتضي حرمة يوجب التحريم المؤبد كالنسب، وإنما سوينا بين الظهر وبين سائر الأعضاء في لحوق الظهار بتشبيهه بها خلافًا للشافعي في قوله: إن الظهار لا يلزم إلا في الظهر وحده(٢)، ولأبي حنيفة في قوله: أنه يلزم في كل عضو يحرم النظر إليه(٣)، لأنه عضو من ذات محرم منه شبَّه امرأته به كالظهر، وإنما لم نفرق بين التشبيه من أي الطرفين كان لأن المعنى حاصل وهو تشبيه الفرج المحلل بالفرج المحرم.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا قال: أنت عليَّ كأمي أو مثل أمي، فإنه ظهار نوى أو لم ينو، خلافًا لأبي حنيفة(٤) والشافعي في قولهما: إنه إذا لم ينو الظهار حمل على البر والكرامة(٥) لأنه إذا أطلق تشبيه امرأته بأمه فلم ينفك من تحريم به كالنص على الظهر.

فأما الظهار من الأجنبية فوجه قول مالك في ثبوته أنه شبه امرأته بظهر محرمة عليه كالأم، ووجه كونه طلاقًا أن الظهار يتعلق بتحريم مؤبد، وذلك منتف في الأجنبية والتشبيه بها يقتضي أن تحرم كتحريمها، وليس ذلك إلا برفع عقد الاستباحة وذلك لا يكون إلا بالطلاق.

وإنما قلنا: إن الظهار يلزم في ملك اليمين خلافًا لأبي حنيفة(٦) والشافعي(٧) لقوله

---

(١) انظر الأم للشافعي (٥/ ٢٦٣)، روضة الطالبين (٨/ ٢٦٤).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٢٦٣)، والأم للشافعي (٥/ ٢٦٣).

(٣) الهداية للمرغيناني (٢/ ٢٩٧)، الاختيار للموصلي (٣/ ١٢٧).

(٤) قال الموصلي: (ولو قال أنت على مثل أمي أو كأمي فهو كناية يرجع إلى نيته فإن أراد الكرامة صدق لأن ذلك من محتملات كلامه وهو مشهور بين الناس) الاختيار (٣/ ١٢٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٢).

(٥) انظر روضة الطالبين (٨/ ٢٦٣)، الحاوي الكبير للماوردي (١٠/ ٤٣٠).

(٦) قال الكاساني: (ويخرج الظهار من الأمة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة أنه لا يصح لعدم الزوجية) بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٢).

(٧) الأم للشافعي (٥/ ٢٦٢)، روضة الطالبين (٨/ ٢٦١).

تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ [المجادلة:٣] فعم، ولأنه فرج محلل له فصح ظهاره منه كالزوجة.

فصل

يلزم عقد الظهار في الأجنبية بشرط التزويج عم أو خص بخلاف الطلاق الذي لا يلزم عمومه ويلزم خصوصه، فأما لزومه بشرط العقد فلأنه معنى يحرم الوطء كالطلاق، وأما جواز عمومه فلأنه لا يسد على نفسه استباحة البضع بذلك الجنس بخلاف الطلاق.

فصل

ولا تجب الكفارة بنفس التظهر دون العود خلافًا لما يحكى عن مجاهد[١] لقوله عز وجل: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ [المجادلة:٣]، فعلق الوجوب بشرط زائد وهو العود، ولأن الظهار يمين فلا تجب الكفارة إلا بالمخالفة، والعود فيها هو الحنث كسائر الأيمان والمخالفة هي الحنث.

فصل

الظاهر من مذهبنا أن العود هو العزم على الوطء فقط، وقيل: العزم على الوطء والإمساك، وقيل: هو الوطء نفسه[٢]، وقال الشافعي: هو أن يمكنه أن يطلق فلا يفعل[٣]، وقال داود: هو تكرار القول وإعادته[٤].

ودليلنا أن العود هو المخالفة وذلك إنما يكون بالعزم على الوطء لأن الظهار إنما يقصد به تحريم الوطء دون العود، فإذا حصل ذلك فقد وجدت المخالفة، ووجه القول بأنه الوطء أن مقتضى الظهار تحريم الوطء، والعود هو الإقدام عليه دون العزم لأن الإقدام هو مخالفة الكف والامتناع.

---

(١) حكى عن طاوس ومجاهد والزهري وقتادة أن عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب للكفارة وقد وجد ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهذا يحصل بمجرد الظهار. المغني (٥٧٣/٨)، الحاوي الكبير للماوردي (٤٤٣/١٠).

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٦٠٥/٢).

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٢٧٠). الحاوي الكبير للماوردي (٤٤٣/١٠).

(٤) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (٤٤٣/١٠).

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ [المجادلة:٣]، وثم للتراخي، فيجب أن يكون ذلك من صفات العود، وفي القول بأنه الإمساك عقيب الظهار إيجاب اتصاله به وذلك خلاف الظاهر، ولأن العود لو كان هو الإمساك لم ينتف بالطلاق الرجعي لأنه لا ينفي الإمساك.

ودليلنا على داود أن العود هو بالمخالفة لأنه سبب وجود الكفارة كالحنث في اليمين، ولأنها كفارة تتعلق بفعل من جهته فلم يفتقر إلى تكراره، أصله كفارة القتل.

فصل

الظهار يحرم الوطء وجميع أنواع الاستمتاع: من الوطء فيما دون الفرج والقُبْلة واللمس للذة، خلافًا للشافعي في قوله: إنه لا يحرم إلا الوطء فقط[1]، لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة:٣] فعم، ولأنه استمتاع كالوطء.

فصل

إذا ثبت أن الكفارة تجب بالعود فهي ثلاثة أنواع: إعتاق وصيام وإطعام، وهي على الترتيب دون التخيير، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا﴾ [المجادلة:٣ ـ ٤]، وكذلك في حديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر[2]، ولا خلاف فيه[3].

فصل

فأما الإعتاق فلا يجزي فيه إلا تحرير رقبة مؤمنة ليس فيها شرك ولا عقد عتق من تدبير أو استيلاد أو كتابة أو قرابة تستحق العتق بنفس الملك، وقد دللنا على هذا كله في كفارة الأيمان بما يغني عن رده، ولا تجزئ إلا سليمة من العيوب ولا يجزي أقطع اليدين

---

(١) قال النووي: (وفي تحريم القبلة واللمس بشهوة وسائر الاستمتاعات قولان ويقال وجهان أظهرهما عند الجمهور: الجواز وهو منسوب إلى الجديد وحكى ابن كج طريقا قاطعًا به وقال: وهو الأصح). روضة الطالبين (٨/ ٢٦٩)، مغني المحتاج (٣/ ٣٥٧).

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢/ ٢٧٢) ح (٢٢١٣) والترمذي في الطلاق (٣/ ٤٩٣) ح (١١٩٨) وابن ماجه في الطلاق (١/ ٦٦٦) ح (٢٠٦٤).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٨٤)، المغني لابن قدامة (٨/ ٥٤٨).

ولا أشلهما لأنه عيب يمنع نوعًا من المنفعة بكماله كالجنون ولا يجزئ أقطع واحدة خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأنه عضو يقطع فى السرقة، فكان فقده مانعًا من الإجزاء كاليدين، ولا يجزئ مقطوع الإبهامين من اليدين والرجلين، وكذلك الإبهام الواحدة لأن قوة الأصابع بالإبهام، فإذا فقدت انحلت قوة بقية الأصابع وضعفت فأثر ذلك فى ضعف التصرف ونقص العمل، والأصبع الواحدة غير الإبهام مختلف فيه، فأما قطع الأنملة وطرف الأصبع، فإنه يسير لأنه لا يوقع نقصًا فى المنافع بينًا ولا يضر فى منع التصرف إضرارًا شديدًا وأقطع الأذنين لا يجزئ لأنهما عضوان فيهما منفعة وهو حوش الصوت إلى السمع ودفع الضرر عنه، ولأن فى ذهابهما تشويهًا بالخلق.

فصل

ولا يجزئ الأعمى لأن بذهاب البصر يصير فى حكم الزَمِن الذى لا تمكنه الحركة ولا التصرف، واختلف فى الأعور فقال مالك: يجزى لأن العين الواحدة تقوم له مقام العينين أو قريبًا منهما، فكان كمن بعينيه ضعف، وقال عبد الملك: لا يجزئ لأنه فقد ما يجب به شطر الدية كأقطع اليد.

واختلف فى الأصم فإذا قيل: يجزئ فلأن ذهاب السمع لا يضر بالعمل ولا بالتصرف الإضرار الشديد، ولأن أكثر ما فيه صعوبة فهمه بالكلام وذلك يوصل إليه بما يقوم مقامه من الإشارة، فإذا قيل: إنه لا يجزئ فإنه نوع منفعة كاملة تضر بالعمل كالعمى وهو فرع النظر، والخرس يمنع الإجزاء خلافًا للشافعى[٢]، وإن كان معه صمم فهو أبين لأن فقد الكلام يجرى مجرى فقد البصر واليد والرجل لأنه يضر بعمله وينقص تصرفه ويصعب إفهامه ونقل رغبة الناس فيه والمجنون لا يجزئ، لأن فقد العقل أعظم من فقد جميع ما ذكرناه فى انقطاع التصرف والعمل.

---

(١) قال المرغينانى: (أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت) الهداية (٢/٢٩٩)، الاختيار (٣/ ١٣١).

(٢) قال الخطيب الشربينى: (ويجزى أخرس قال فى التنبيه: إذا فهمت فإن جمع بين الصمم والخرس لم يجزه لأن اجتماع ذلك يورث زيادة الضرر وظاهر كلامه فى الروضة تبعًا للرافعى ترجيح الإجزاء وهو الظاهر) مغنى المحتاج (٣/ ٣٦٠)، روضة الطالبين (٨/ ٢٨٥).

فصل

فأما اشتراطنا التتابع فى الصيام فلقوله تعالى: ﴿فصيام شهرين متتابعين﴾ [المجادلة:٤] وكذلك فى حديث أوس وسلمة بن صخر[١] ولا خلاف فيه[٢].

فصل

فأمـا الإطعام إذا لم يطق الصيـام فهو أن يطعم سـتين مسكينًا مـدًا بمد هشام[٣] وقد اختلف فى مقداره، فقيل: مدان بمد النبى ﷺ، وقيل: أقل من مدين.

فصل

وإنما شرطنا العدد للنص الوارد فيه والخبـر، وقد ذكرناه فى الأيمان، وإنما شرطنا مد هشام لأن ذلك غالب الشبع فى العادة، ولأنها كفـارة تنتقل من صيام إلى إطعام أبهمت فى الظاهر فوجب الزيادة فيها على مد اعتبارًا بكفارة الأذى.

فصل

ولا يجوز أن يطأ قبل التكفير لقوله تعالى: ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة:٣] فإن فعل فقد أثم ولا يلزمـه أكثر من الكفارة خلافًا لمن حكى عنه أنه يلزمـه كفارة أخرى[٤] لأنه وطئ بعد استقرار وجوب الكفارة عليه كالثانى والثالث.

فصل

ولا تسقط الكفـارة عنه خلافًا لمن حكى عنه[٥] لحديث أوس لما أخـبر النبى ﷺ بأنه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٨٤)، المغنى (٨/ ٥٩٠).

(٣) قال الشيخ الدسـوقى: (المراد بالمد الهشامى وهو مد وثلثـان بمد النبى ﷺ ومد هشام أى: ابن اسماعيل بن هشام بن الوليد بن المغيرة القرشى المخزومى كان عاملاً على المدينة لعبد الملك بن مروان هذا هو الصواب) انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (٢/ ٤٥٤).

(٤) روى ذلك عن عمـرو بن العاص وعن قـبيصـة وسعـيد بن جـبير والزهرى وقـتادة . المغنى (٨/ ٦٢٠).

(٥) حكى الماوردى ذلك عن سعيد بن جبير والزهرى. انظر الحاوى الكبير (١٠/ ٤٥١).

وطئ امرأته فأمره بالكفارة(١)، ولأنه ليس فى تقديم الوطء على الكفارة أكثر من ركوب الإثم والعود الموجب لها حاصل فلم يؤثر فى سقوطها.

فصل

ولا يجوز أن يطأ فى خلال الصيام أو الإطعام ليلاً ولا نهاراً، فإن فعل استأنف، خلافًا للشافعى(٢)، لقوله عز وجل: ﴿فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة:٣]، وهذا الشرط عائد إلى الجملة والإبعاض، ولأن كل زمان يمتنع الوطء لإيقاع عبادة فيه، فإن ذلك الوطء يوجب استئنافه ولا يختلف بزمان الليل والنهار، أصله الحج والصلاة، ولأنه وطء فى الزمان الذى حرم عليه الوطء فيه بفعل الصيام عن ظهاره كالوطء نهاراً.

فصل

وكفارة العبد مثل كفارة الحر إلا أنه لا يصح منه التكفير بالإعتاق أذن له سيده أو لم يأذن له ويكفِّر بالصيام، فإن عجز عنه كفَّر بالإطعام إذا أذن له سيده عند ابن القاسم، وإن منعه منه انتظر القدرة على الصيام، وعند غيره لا يجزيه(٣)، وإنما قلنا: إن كفارته لا تنقص عن كفارة الحر لأنه لم يعتبر فيها الفضيلة وتأكد الحرمة كالطلاق والحدود واعتباراً بكفارة الصيد واليمين، وإنما قلنا: إنه لا يصح أن يكفر بالعتق لأن الولاء لا يثبت له مع رقه ولا يرجع إليه إن عتق ولا يصح الإعتاق إلا لمن يثبت له الولاء، وإنما قلنا: إنه يكفِّر بالصيام لأنه عاجز عن الإعتاق فكان فرضه الصيام، ووجه تجويز الإطعام اعتباره بالحر، ولأنه يملكه من جميع وجوهه بخلاف الإعتاق، ووجه منعه فلأنه ليس من أهل الأملاك المستقرة فكان فرضه الصيام [وبالله التوفيق](٤).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال النووى: (التتابع فى الصوم واجب بنص القرآن فلو وطئ المظاهر بالليل قبل تمام الشهرين عصى بتقديم التكفير ولكن لا يقطع التتابع) روضة الطالبين (١٠/٣٠٢). المهذب للشيرازى (١١٧/٢).

(٣) انظر المدونة الكبرى (٣٠٧/٢).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

اللعان[1] ثابت بدليل الكتاب والسنة والإجماع[2]، فالكتاب قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين...**﴾ [النور:٦] الآيات، والسنة حديث العجلاني لما قال: يا رسول الله، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع، فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله تعالى فيكما قرآنًا ولاعن ﷺ بينهما[3]، وحديث هلال بن أمية وشريك[4]، وفيه ضرب من المعنى وهو أن النسب يلحق بالفراش ولا يمكنه إقامة البينة وبه ضرورة إلى نفى نسب ليس منه، فجعل له طريق إلى نفسه وهو اللعان، ولولا ذلك لم يكن له طريق إلى قطعه عنه ولفسدت الأنساب واختلط الصحيح منها بالفاسد.

فصل

واللعان بين كل زوجين حُرَّين كانا أو عبدين أو أحدهما عدلين أو فاسقين، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن اللعان لا يثبت إلا من زوجين يكونان أو أحدهما من أهل الشهادة[5]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم**﴾ [النور:٦] الآية وهذا عام، ولأن كل زوج صح قذفه صح لعانه، أصله الحر، ولأن كل معنى صح أن يخرج به القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به منه من ليس من أهلها، أصله البينة، ولأن الضرورة إلى نفى النسب الذى ليس منه لما كان له قذف [زوجته جائزًا معها بخلاف

---

(١) قال الفيروزآبادى يقال: لاعن امرأته ملاعنة ولعانًا وتلاعنا، والتعنا لعن بعضهم بعضًا. القاموس المحيط (٤/٢٦٧).

وقال ابن عرفة: (حلف الزوج على زنا زوجته أو نفى حملها اللازم له حلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض. شرح حدود ابن عرفة (١/٣٠١).

(٢) الإجماع لابن المنذر (ص/٨٥).

(٣) أخرجه البخارى فى الطلاق (٩/٣٥٥) ح (٥٣٠٨)، ومسلم فى اللعان (٢/١١٢٩) ح (١/١٤٩٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الطلاق (٩/٣٥٤) ح (٥٣٠٧) بنحوه . ومسلم فى اللعان (٢/١١٣٤) ح (١١/١٤٩٦) واللفظ له.

(٥) انظر الاختيار (٣/١٣٧)، الهداية (٢/٣٠٢).

الأجنبى الذى لا ضـــرورة به إلى قــذف][1] غيـره أوجب ذلك اختلافـهمـا فى اللعان لاختلافهما فى الضرورة الداعية إلى ما يوجبه وهذا يشترك فيه من كان من أهل الشهادة ومن ليس من أهلها.

فصل

اللعان عندنا يمـين خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنهـا شهادة[2]، وفائدة الخـلاف أنه يصح ممن تقبل شهادته ومن لا تقبل شـهادته لقوله ﷺ فى حديث هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا وكذا، فهو لشريك» فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: «لولا الأيمان لكان لى ولها شأن»[3]، ولأنه يخالف الشهادة فى كثير من شروطها، منها دخول النساء فيه ولا مدخل لهن فى الشهادة على الزنا وتكرار ألفاظه ولعن الملتعن نفسه إن كان يشهد به بخلاف ما هو به وجـوازه من الفاسقين وإن لم يكونا من أهل الشهادة وكذلك الأعمى.

فصل

اللعــان موضوع لرفـع النسب وسقـوط الحد فى القـذف، فإذا قذف الرجـل امرأته بالزنا، فإن ادعى رؤية وحقق ذلك ووصفه كـما يصف الشهود فى الزنا فله أن يلاعن: [ويسقط الحـد عن نفسـه فإن اقتـصر على مـجرد قذفـها من غير ادعاء وصـفه فـقيل يلاعن][4]، وقيل: يحد ولا يلاعن إن كانت ممن يحد قـاذفها وهذا كله إن لم يطأها بعد رؤيته، فأما إن زعم أنه وطئها بعد ذلك حد ولم يلاعنها، وإذا لاعن لرؤية الزنا ثم أتت بولد ففيه روايتان: إحداهما سقوطه عنه والأخرى لحوقه به، وإذا التعن سقط الحد عنه ولزمها إسقاطه باللعان، فإن التعنت وإلا حدت.

فصل

وإنما قلنا: إنه يلاعن بالرؤية لقـوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجـهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ [النور:٦] الآية، ولأن الحد متوجه

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) الهداية (٢/ ٣٠٢)، الاختيار (٣/ ١٣٧).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

عليه إذا كانت ممن يحد قاذفها فله أن يخلص نفسه منه باللعان ولذلك بدئ بالالتعان لأن الحد متوجه عليه بالظاهر وبذلك ورد النص، ولأنه ﷺ بدأ بهلال بن أمية في اللعان[1]، ولأن الزوج هو القاذف واللعان يخلصه من القذف فإن أتى به وإلا حد فوجب تبديته، والمرأة لم يكن من جهتها ما يلزمها به تخلص نفسها منه بالالتعان، فإذا ثبت ذلك فإن التعن سقط الحد عنه، وإن نكل حد خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يحد ويحبس حتى يلاعن[2] لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤]، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: «البينة وإلا حد في ظهرك»[3]، ولأنه قاذف لحرة مسلمة عفيفة فلزمه الحد كالأجنبي، ولأنها حرة مسلمة عفيفة قذفها من لم يحقق قذفه، فوجب أن يحد لها كالأجنبي، ولأن قول الزوج يقبل عليها أكثر من قول الأجنبي، فكان بالحد أولى.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا التعن سقط الحد عنه لأن إلعانه جعل بمنزلة إقامة البينة عليها فلما كانت البينة تسقط الحد عنه فكذلك اللعان.

فصل

وإنما قلنا: إن الحد ينتقل إلى المرأة لما ذكرناه، لأن اللعان كالبينة ويدل عليه قوله تعالى عقيب ذكر لعان الزوج: ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾ [النور:٨] يعني نفي الحد لأنه معروف، فإذا ثبت هذا فلها أن تخلص نفسها بالالتعان فإن التعنت سقط الحد عنها، وإن نكلت حدت إما بالرجم إن كانت محصنة أو بالجلد إن كانت بكرًا، وقال أبو حنيفة: لا حد عليها[4].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾ [النور:٨] الآية، فذكر لعان الزوج ثم عقبه بالإخبار عما يسقط عنها العذاب المتوجه عليها بلعانه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الهداية للمرغيناني (٢/ ٣٠٣)، الاختيار للموصلي (٣/ ١٣٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال المرغيناني: (فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه)) الهداية (٢/ ٣٠٣)، الاختيار للموصلي (٣/ ١٣٧).

وهو أن يلتعن، فدل أن الحد قد لزمها بلعانه، وأن لها التخلص منه بأن تلتعن، ولأنه معنى يسمع فى تحقيق القذف، فجاز أن يجب به الحد كالبينة.

فصل

واختلف فى وصفه الرؤية: فقيل: يجب أن يبين فيقول: رأيت فرجه يلج فى فرجها كما يلج المرود[1] فى المكحلة كما يقول الشهود، وقيل: لا يحتاج إلى ذلك ويكفى ادعاء الرؤية فقط.

فوجه الأولى أن لعانه تحصل به المعرة على المرأة ويلزمها الحد الذى هو الرجم أو الجلد ويخلصه من حد القذف فغلظ عليه حتى إذا رأى أن الأيمان تلزمه على تلك الصفة المتحققة وعلى تفصيلها وأنه يلعن نفسه إن كان كاذبًا ردعه ذلك وزجره إن كان غير محقق، ولأن ذلك لما لزم فى الشهادة كان بأن يلزم الزوج الذى تثبت الأحكام بقوله: ودعواه أولى.

ووجه الثانية قوله تعالى: ﴿**فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله**﴾ [النور:٦]، وظاهره أن هذا القدر كاف ولأنه حالف على رؤيته كالواصف والفرق بينه وبين الشهود أن به ضرورة إلى القذف ولا ضرورة بهم.

فصل

ووجه القول بأنه يلاعن بمجرد القذف من غير ادعاء رؤية لقوله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم**﴾ [النور:٦] فعم، ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة فجاز تحقيقه باللعان، أصله مضاف إلى الرؤية، ووجه القول أنه يلاعن أن اللعان معنى يتخلص به عن حد القذف، فوجب أن يحتاج إلى رؤية، أصله الشهادة، ولأن اللعان واقع على أفعال يدعيها وذلك يتضمن الشهادة واعتبارًا بالشهود.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا اعترف أنه وطئ بعد أن رآها تزنى، فإنه يحد ولا يلاعن لأن اللعان لا يمكن أن ينفى به النسب مع اعترافه بالوطء وثبوت حكم الفراش ولا معنى لإسقاط

(١) المرود هو: الميل. وهو الحديد التى يكتب بها فى ألواح الدفتر. القاموس المحيط (١/٢٩٦)، القاموس المحيط (٤/٥٢).

الحد لأن العادة تشهد بكذبه، لأن الإنسان لا يطأ امرأته بعد أن يراها تزنى فإذا ادعى ذلك فقد أكذب نفسه.

فصل

وجه القول بأنه إذا ظهر حمل بعد التعانه بالرؤية فإنه لا يلحق به لأن أصل اللعان لنفى النسب لأن الضرورة إلى ذلك تدعو دون دعوى الزنا، وإنما تجرى إلى الحد وإذا كان كذلك سقط الحد بلعانه وتضمن ذلك نفى حمل إن حدث وإن اعترف به بعدُ حُدَّ ولحق به.

ووجه القول بأنه يلحق به هو أن الالتعان الماضى كان لإسقاط الحد لأنه لم يكن هناك حمل يعلمه فيقصد نفيه، فإذا ظهر حمل احتاج فى نفيه إلى لعان يخصه، فإن التعن على الشرط الذى يلتعن فى نفى النسب سقط عنه الحد وإلا لحق به.

فصل

وإذا نفى حمل امرأته، فإن ادعى أنه استبرأها بعد وطئه ثم لم يطأها حتى ظهر الحمل بها فله أن يلاعنها، فإن قال لم أستبرئها، وهذا الحمل ليس منى فقيل: له أن يلاعن، وقيل: ليس له ذلك ويلحق به الولد ويحد، وفى قدر الاستبراء روايتان: إحداهما أنه بحيضة واحدة[1]، والأخرى أنه ثلاثة حيض، ولا يحتاج فى الالتعان لنفى الحمل المجرد إلى قذف، وله أن يلاعنها حاملاً قبل وضعها، فإذا اعترف بالحمل ثم ادعى أنه رآها تزنى ففيها ثلاث روايات: إحداها أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن، والثانية أنه لا يلاعن وينتفى عنه الولد، فإن اعترف به من بعدُ حُدَّ، والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفى الحد.

فصل

وإنما قلنا: إن له أن يلاعن فى نفى النسب لأنه ﷺ لاعن بين المتلاعنين فى ذلك[2]، ولأن به ضرورة إلى نفى نسب منه، وأصل اللعان الضرورة التى لا طريق إلى انتفائها إلا به، فلو لم يلاعن لم يكن له طريق إلى نفى نسب ليس منه.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦١٠).

(٢) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا: لا بد من الاستبراء لأن الحمل لا ينتفى إلا بأن يعلم براءة الرحم من ماء الزوج، وذلك لا يكون إلا بالاستبراء، لأنه ما لم يستبرئ يمكن أن الحمل من مائه، والقول الآخر فيه ضعف ووجهه أن ذلك موكول إلى أمانته فَقُبِلَ قوله فى النفى، وجعل له الالتعان لأنه لا يعلم أن الأمر على ما يدعيه إذا لم يدع الاستبراء.

فصل

ووجه قوله: إنه حيضة فلأن الغرض العلم ببراءة الرحم، وذلك يحصل بالحيضة ولأنها حال ضرورة لأمر يخاف فواته ولا يستدرك والمواضع التى يراعى فيها زيادة على ذلك فلحرمة الحرية، وذلك زائل مع الضرورات، ووجه اعتبار الثلاث اعتباره بما عدا اللعان.

فصل

وإنما قلنا: إنه يلاعن فى نفى الحمل المجرد من غير حاجة إلى قذف خلافًا لأصحاب الشافعى[1]، لأن ضرورته إلى نفى النسب موجودة، وهى أصل ما وضع له الحد ولا ضرورة له إلى القذف، ولأن الدعوى تتم مع عدمها، وكلما صحت الدعوى مع فقده لم يكن وجوده شرطًا اعتبارًا بسائر ما لا تحتاج الدعوى إليه وقياسًا عليه إذا ضامّه القذف.

فصل

وإنما قلنا: إنه يلاعنها حاملاً خلافًا لأبى حنيفة[2]، لأنه ﷺ لاعن بين المتلاعنين فى نفى الحمل قبل الوضع وقال: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لزوجها وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»[3]، فجاءت به على النعت المكروه، ولأنه نسب يجوز إسقاطه باللعان بعد الوضع فجاز قبله كالفراش.

---

(١) روضة الطالبين (٨/٣٢٨).

(٢) قال الموصلى: (وأجمعوا أنه لا ينتفى نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم عليه ولا حكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية) الاختيار (٣/١٤١) الهداية للمرغينانى (٢/٣٠٥).

(٣) تقدم تخريجه.

فصل

وينتفى النسب بالتعان الزوج وحده ولا يفتقر فيه إلى التعان المرأة، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإثبات النسب منه وإسقاط الحد عنها، ولا يجوز أن يثبت الشيء بما ينفيه.

فصل

ويلتعن فى النكاح الفاسد خلافًا لأبى حنيفة[1] لأنه نكاح يثبت فيه النسب فلحق فيه اللعان أصله النكاح الصحيح.

فصل

فأما إذا اعترف بالحمل ثم ادعى رؤية الزنا، فوجه قوله: إنه لا يلاعن أن أصل اللعان لنفى النسب ويتعلق به سقوط الحد ويجوز أن يجتمع مع ثبوت ما يقصد به نفيه، فإذا ثبت ذلك لم يكن اللعان مفيدًا لإسقاط الولد ولم يكن له أن يلاعن، وإذا لم يكن له أن يلاعن لزمه أن يحد القذف ويلحق به الولد لثبوت الفراش.

ووجه قوله: إنه يلاعن وينتفى النسب أن باللعان يجب للقذف ويجر إلى نفى النسب لأنه لا يجوز أن يقع اللعان وينتفى مقصوده ولا اعتباره بإقراره بالحمل لأن اللعان إذا ثبت ثم رجع عن بعض موجبه حُدَّ ولم يمنعه ذلك من أصل الالتعان، ووجه قوله: إنه يلحق به الولد ويلاعن لنفى الحد عنه أن اللعان موضوع فى الأصل لأمرين: أحدهما سقوط الحد بالقذف، والآخر نفى النسب فلا يمتنع أن يلتعن لأحدهما مع عدم الآخر.

فصل

وصفة اللعان: يشهد الرجل أربع شهادات بالله: لقد زنت، ولقد رآها تزنى، ورأى فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة، وإنه لمن الصادقين، فإن لم يصف كان الحد على

---

(١) قال الكاسانى: (أما الذى يرجع إليهما أن يكون زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين فى القذف أما اعتبار الزوجية فلأن الله تبارك وتعالى خص اللعان بالأزواج بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ وعلى هذا قال أصحابنا: من تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة). بدائع الصنائع (٣/ ٢٤١).

ما بيناه من الخلاف فى نفى الحمل، ما هذا الحمل منى ولقد زنت إن ادعى زنا، وإن كان نفى حمل مجرد لم يحتج إلى ذلك، ويجب فى الجملة أن يقع اليمين على تحقيق ما ادعى باللفظ الذى يقل فيه الاحتمال والاشتراك ثم يقول فى الخامسة: وإلا فلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تلتعن هى فتشهد أربع شهادات بالله بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بأن تقول: وإلا فغضب الله عليها إن كان من الصادقين، ولا ينبغى أن تتعدى الألفاظ التى ورد النص بها، ولا أن يبدل بها غيرها لأن النص أوجب تعيين لفظ مخصوص كإيجاب عدد الشهادات.

فصل

ولا تقع الفرقة إلا بالتعانهما جميعًا، فإن التعن هو ونكلت سقط الحد عنه ورجمت إن كانت محصنة وإلا جلدت لأن بلعانه قد حقق القذف عليها كالبينة والزوجية بينهما باقية ما لم تلتعن، خلافًا للشافعى فى قوله: إن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده[1]، لأن هلال بن أمية لما التعن دعا رسول الله ﷺ بها فلما التعنت فرق بينهما[2]، فذكر الحكم وسببه، ولأن اللعان لم يكمل من جهتها فلم تقع الفرقة، أصله إذا لم يكمل من الزوج، ولأنه لعان من أحد الزوجين، فكان له تأثير فى الفرقة، أصله لعان الزوج.

فصل

والذى يدل على وقوع الفرقة باللعان خلافًا لمن حكى عنه أن الزوجية باقية بالتعانهما[3]، قوله ﷺ: «حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها»[4]، وروى أنه ﷺ فرق بين المتلاعنين[5]، ولأنه لما قطع النسب الذى هو أقوى من الفراش كان بأن يقطع الفراش أولى.

(١) روضة الطالبين (٨/ ٣٥٦)، مغنى المحتاج (١/ ٣٨٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) هذا مذهب الأحناف ورواية عن الإمام أحمد. انظر الاختيار للموصلى الحنفى (٣/ ١٣٩)، والمغنى لابن قدامة (٩/ ٢٩).

(٤) أخرجه البخارى فى الطلاق (٩/ ٣٦٧) ح (٥٣١٢)، ومسلم فى اللعان (٢/ ١١٣٢) ح (٦/ ١٤٩٣).

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بالفرقة خلافًا لأبي حنيفة[1] لأنه ﷺ نفى اجتماعهما عند حصول التسمية لهما، وذلك حاصل وإن لم يفرق بينهما حاكم، ولأن النسب لا يتعلق نفيه بلعانها لأنها تثبته باللعان وهو ينفيه فلا معنى لحكم الحاكم.

فصل

والتحريم باللعان يقع مؤبدًا لا تحل له بعده على وجه لا بنكاح ولا ملك، أكذب نفسه أو أقام على ما كان عليه، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنه إن أكذب نفسه حلت له[2]، لقوله ﷺ: «لا سبيل لك عليها»[3] ولأن كل تحريم أوجب التأبيد لم يكن له إلى رفعه سبيل بإكذاب نفسه، أصله إقراره بأنها أخته من نسب أو رضاع، ولأن حصول التحريم باللعان يقتضي استدامته ومنع ارتفاعه، أصله إذا أقام على موجب لعانه ولم يكذب نفسه.

فصل

إذا ثبت أنه بإكذابه نفسه لا تحل له فإنه يلحق به الولد إن كان اللعان في نفي حمل لأن له أن يستلحق ولده بعد نفيه ولا يقبل منه نفيه بعد الاعتراف ويجلد الحد بإقراره بقذفها إن كانت ممن يحد قاذفها.

فصل

يصح لعان الأخرس والخرساء إذا فهم عنهما بإشارة أو بكتابة خلافًا للشافعي[4]، لأن

---

(١) لأنه يرى أنه لا يفرق بينهما إلا حكم الحاكم. الاختيار للموصلي (٣/ ١٣٩)، الهداية للمرغيناني (٢/ ٣٠٤).

(٢) الهداية للمرغيناني (٢/ ٣٠٤). الاختيار للموصلي (٣/ ١٤٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الخطيب الشربيني: (ويلاعن أخرس خلقة بإشارة يفهمه أو كتابة بخطه لأنهما في حقه كالنطق من الناطق وليس كالشهادة لضرورته إليه دونها لأن الناطقين يقومون بها فإن لم يكن له واحد منهما لم يصح قذفه ولا لعانه ولا شيء من تصرفاته لبعد الوقوف على ما يريده) مغني المحتاج (٣/ ٣٧٦)، الأم للشافعي (٥/ ٢٧٤).

كل هذا تواضع على مـا تفهم به المعـانى التى فى النفس فكانت كالنطق، ولأن الـكتابة يقع بها الطلاق وكل نوع وقع به الطلاق جاز أن يقع به اللعان كالنطق.

فصل

الأعمى يلاعن فى نفى النسب لأنه يتـأتى منه كتأتيـه من البصير، فأمـا فى القذف، ففيه اختلاف: فإذا قلنا: لا يصح لعانه فلأنه متعلق بالرؤية وذلك ممتنع منه، وإذا قلنا: يصح فلأن اللمس نوع من المحسوس كالرؤية.

فصل

إذا تصادقـا على انتفـاء النسب أو الاعتراف بأنهـا زنت، فهل يكفى ذلك فى انتـفاء النسب أم لا بد من اللعـان؟ ففيـه روايتان: فـوجه قوله: إن التـصادق كـاف أنه معنى يخلصه من القذف فوجب أن ينتفى به النسب عنه مع دعواه، أصله اللعان.

ووجه القول إنه لابد من لعان أن ذلك تواطء منهما على سقوط حق الولد فلا يقبل إلا باللعان الذى هو طريق نفيه.

باب

الموجب للعدة[1] شيئان: طلاق وما فى معناه من فسخ النكاح وموت، والعدة من الطلاق أو الفسخ لا تكون إلا فى مدخول بها، فأما من لم يدخل بها فلا عدة عليها والعدة ثلاث أضرب: عدة بأقراء، وعدة بوضع حمل، وعدة بشهور.

والمعتدات ثلاث: فذات حيض وممتنع عليها الحيض لصغر أو إياس ومرتابة، وعلى وجه آخر ينقسمن إلى ضربين: ضرب تُكمل لا تنقسم العدة فيهن: [وهن الحرائر، وضرب ينصف فيهن وهن الأرقاء لأن متى كمل الرق فيهن][2] أو تبعض فتتنصف نوع من العدة فيهن دون جميعها على ما نبينه إن شاء الله.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا عدة إلا على مدخول بها من الطلاق والفسخ دون الموت لقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها**﴾ [الأحزاب:٤٩]، ولأن براءة رحمها معلومة والعدة فى الطلاق للاستبراء فقط.

فصل

فأما العدة بالأقراء[3] فتكون بالطلاق والفسخ دون الموت لا خلاف فيه وهى لمن تحيض وتطهر بثلاثة قروء للحرة وقرآن للأمَة، وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾ [البقرة:٢٢٨]، وأجمعوا أن فسخ النكاح يجب له من ذلك ما يجب بالطلاق فى النكاح الصحيح[4].

---

(١) قال الفيروزآبادى: (وعدة المرأة أيام أقرائها وأيام إحدادها على الزوج من العدد وهو الإحصاء) القاموس المحيط (١/ ٣١٢ ـ ٣١٣).

والعدة فى الاصطلاح: هى (مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٠٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) جمع قرء يطلق على الحيض والطهر ضد. القاموس المحيط (١/ ٢٤).

(٤) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٨٦).

فصل

والأقراء الأطهار وهي ما بين الحيضتين من الطهر خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إن الأقراء الحيض[١] لقوله تعالى: ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾ ففيه أدلة:

أحدها: أن القرء اسم يقع على الطهر والحيض والمراد أحدهما، فيجب إذا قعدت ثلاثة قروء وينطلق عليها الاسم أن يجز بها، وإن شذت بنيتها على تعليق الحكم بأوائل الأسماء كالشفقين والأبوين واللمسين.

والآخر أنه بصيغة التذكير لأن جمع المؤنث ما دون العشرة بغيرها، وذلك يفيد أنه جمع قرء وهو طهر لا حيضة.

والثالث أن إطلاق الأمر والإخبار عن الوجوب على الفور ولا يمكن ذلك إلا على ما نقوله أن يطلقها طاهرًا فتعتد عقيب الطلاق أو حائضًا فعقيب الحيض قوله تعالى: ﴿**فطلقوهن لعدتهن**﴾ [الطلاق:١] أي في حال يعتدون فيها وعندهم أن حال الطهر ليست بحال عدة، وقوله ﷺ في حديث ابن عمر: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[٢] وهذا نص، ولأنه حيض كالذي يطلق فيه، [ولأنه][٣] زمان يجوز إيقاع الطلاق فيه فوجب أن يكون معتدًا به، أصله الحمل.

فصل

وإنما قلنا: إنها قرآن للأَمَة خلافًا لداود في تسويته بينها وبين الحرة[٤]، بناء على نقصان طلاق العبد وقد ذكرناه، ولأن العدة معتبرة مع عدم الريبة لحرمة المعتدة فتكمل بكمال حرمتها وتنقص بنقصان حرمتها، وحرمة الأَمَة أخفض من حرمة الحرة، فكانت عدتها على النصف، وإنما قلنا: إنها تكمل قرأين لأن القرء لا يتبعض فكمل كما كمل

---

(١) قال المرغيناني: (والأقراء الحيض عندنا) الهداية للمرغيناني (٢/٣٠٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت في بعض النسخ (ولأنها) وما أثبتناه من (ب).

(٤) قال ابن قدامة: (وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة إلا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود) المغني (٩/٨٩).

طلاق العبد اثنتين، وإنما سوينا بين من استغرقها الرق وبين من تبعض فيها لأن النص بالرق قد شملهن وغلب على أحكامهن.

فصل

والمسلمة والكتابية يستويان فى ذلك لعموم الظواهر، ولأنها عدة لاستبراء الرحم كوضع الحمل.

فصل

وإذا دخلت الحرة فى الدم من الحيضة الثالثة حلت والأمَة إذا دخلت فى الحيضة الثانية وأقل ما يقبل قولها فيه ما يمكن مثله فى العادة فقيل: خمسة وأربعون، وقيل: أربعون، وقيل: فى شهرين إن أمكن أن يكون مثله، وكذلك ينبغى أن يكون الجواب معلقًا بالإمكان فى العادة.

فصل

فأما الإعداد بوضع الحمل فيستوى فيه المعتدات كلهن حرائرهن وإمائهن والمسلمات والكتابيات، والأسباب الموجبة له من الطلاق والفسخ والشبهة والموت ولا تحل المعتدة إلا بوضع جميعه وما دام معها بقية من الحمل فحكمها حكم من لم تضع شيئًا فى وجوب الرجعة وثبوت الميراث وتحل بوضع العلقة والمضغة وما قع عليه اسم الحمل إلى كمال الخلقة.

وإنما قلنا: إن عدة الحامل الحرة وضع الحمل لقوله تعالى: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** [الطلاق:٤] وسوينا بينها وبين الكتابية والأمَة للعموم، ولأنه يعلم به براءة الرحم بيقين وليس بمبنى على الحرمة ولا يمكن تنصيفه.

وإنما قلنا : إن الحامل المتوفى عنها تعتد بوضع الحمل خلافًا لمن قال : أقصى الأجلين[1] لعموم الظاهر، ولأن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر فقال لها رسول الله ﷺ: «قد حللت فانكحى من شئت»[2]، ولأنه يعلم بوضع الحمل

(١) روى عن ابن عباس وروى عن على من وجه منقطع. المغنى (٩/١١١).

(٢) أخرجه البخارى:الطلاق (٩/٣٧٩) ح (٥٣١٨)، ومسلم:الطلاق (٢/١١٢٢) ح (٥٦/١٤٨٤) والنسائى: الطلاق (٦/١٥٦) (باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها). ومالك فى الموطأ: الطلاق (٢/ ٥٩٠) ح (٨٥، ٨٦) ولفظه عند النسائى، ومالك فى الموطأ.

براءة رحمها كذوات الأقراء ولأن الأشهر عدة بنفسها ولا تجتمع مع الحمل فتصيران عدة واحدة، أصله فى حق المطلقة.

وإنما اعتبرنا وضع جميعه لقوله تعالى: ﴿أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق:٤]، وظاهر ذلك يفيد الجميع، ولأن الرحم مشغولة ببقية الحمل فكان كالكل.

وإنما قلنا: إنها تحل بوضع ما يقع عليه اسم الحمل لعموم الظاهر، ولأنه يعلم به براءة الرحم واعتبارًا بما تخطط به من الخلقة.

فصل

وأما الاعتداد بالشهور فيجب تارة عن الطلاق وتارة عن الوفاة، فأما الواجب عن الطلاق والفسخ فثلاثة أشهر ما كانت من تمام أو نقصان إن ابتدئت من أول شهر، وإن كان من بعضه كمل عدد الأول بالحساب فتجلس بقيته من يوم وجبت العدة ثم تعتد الشهرين بعده بالأهلة ثم تتم باقى الأول بالعدد المكمل، فإن طلقت فى بعض يوم ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تعتد من ذلك الوقت إلى مثله، والأخرى إلغاء ذلك اليوم وابتداء العدة من غده، وهذه العدة هى لمن دخل بها ممن لم تحض لصغر أو يائسة منه لكبر يستوى فيه الإماء والحرائر والمسلمات والكوافر ومن قصر سنها عن إطاقة الوطء فلا يعد وطؤها موجبًا للاعتداد، وإنما هو جرم وإفساد.

وأما الواجب عن الوفاة فيفترق فيه حكم الحرائر والإماء، فللحرة أربعة أشهر وعشر ليال، وللأمَة شهران وخمس ليال، وعلى الصغيرة مثل ما على الكبيرة التى لم يدخل بها مثل ما على المدخول بها إلا أن غير المدخول بها تبرؤها الشهور من غير حاجة إلى حيض، والمدخول بها التى تحيض لا يبرؤها إلا الحيض وحيضة واحدة مجزية، فإن حاضت فى تضاعيف الشهور برئت بذلك، فإن لم تحض حتى انقضت العدة نظر، فإن لم يكن لها عادة بتأخر الحيض ولم تخشى ريبة انتظرت إلى تمام تسعة أشهر من يوم الوفاة، وإن كانت لها عادة بتأخيره إلى مدة يدخل فيها عدتها بالشهور ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تبرئ بمضى الشهور وإن لم تحض، والأخرى أنها لا تبرأ إلا بالحيض، وعنه فى الكتابية المدخول بها فى عدة الوفاة روايتان: إحداهما أنها مثل المسلمة[1]،

(١) الكافى لابن عبد البر (٢/٦٢١).

والأخرى أنها تستبرئ رحمها بثلاث حيض والقول فى الكتابية غير المدخول بها يتخرج على هاتين الراويتين.

فصل

وإنما قلنا: إن عدة من ليست من أهل الحيض ثلاثة أشهر لقوله تعالى: **﴿واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** [الطلاق:٤]، ولأن ذلك أقل ما يعلم به براءة الرحم، فلذلك جعل بدل الأقراء.

وإنا قلنا: إنها إذا ابتدأت من أول الشهر أجزأتها الشهور بالأهلة لأن الخطاب إذا صدر وله عرف فى الشرع حمل عليه وعرف الشرع فى الشهور هو بالأهلة.

وإنما قلنا: إنه يكمل عدد الشهر المبتدأ فى بعضه لأنها إنما يكون له حكم الهلال إذا ابتدئ من أوله، فأما إذا ابتدئ من بعضه كان له حكم العدد استظهاراً واحتياطًا.

وإنما قلنا: إنها إذا طلقت فى بعض يوم اعتدت إلى مثله لقوله تعالى: **﴿ثلاثة أشهر﴾** [الطلاق:٤]، وذلك يقتضى العدد من وقت الوجوب، ولأن من حلف لا يكلم زيداً ثلاثة أشهر أو أجرَّه داره ثلاثة أشهر وأطلق كان محمولاً على أنها من وقته، فكذلك هذا، ووجه قوله: إنها تلغى اليوم احتياطًا لصعوبة ضبط الوقت الذى تبتدئ منه ومقابلته به، ولأن نظائره قد فعل فيه مثل ذلك باعتبار الأربعة أيام لإقامة المسافر، والعقيقة، والحول فى الزكاة، فكذلك هاهنا والأولى القياس.

وإنما سوينا بين الأَمَة والحرة فى ذلك للعموم واعتباراً بعدة الأقراء ووضع الحمل، وإنما قلنا: إن وطء التى لا تطيق الوطء لا يوجب عدة للعلم ببراءة الرحم، ولأن الوطء إنما يسمى وطئًا إذا كان فيمن تطيقه، فأما إذا كانت لا تطيقه جرى مجرى الجرح وإصابتها فى غير ذلك الموضع لأنه ليس بالاستمتاع المطلوب، ولأنه لا يوجب مهراً ولا إحلالاً، وإنما هو جناية.

فصل

وإنما قلنا: إن عدة الحرة الحائل[1] فى الوفاة أربعة أشهر وعشراً للظاهر وهو قوله

---

(١) الحائل ضد الحامل.

تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وإنما قلنا: إن عدة الأَمَة شهران وخمس ليال لأنها عدة [يمكن][1] تنصيفها، فكانت فيها على النصف من الحرة كالأقراء، وقد احترزنا من وضع الحمل، فإن الوضع لا يتنصف، ومن الثلاثة الأشهر لأنها تراد ليعلم براءة الرحم فى أقل ما يمكن، وذلك لا يمكن تنصيفه.

فصل

وإنما أوجبنا على الصغيرة العدة فى الوفاة على كل حال وفى الطلاق مع الدخول خلافًا لداود فى قوله: لا عدة على صغيرة، لعموم الظواهر من قوله تعالى: ﴿ويذرون أزواجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وقوله: ﴿واللائى لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] وهذا نص، واعتبارًا بالبوالغ بعلة أنها زوجة دخل بها أو توفى الزوج عنها، وإنما قلنا: تلزم غير المدخول بها للعموم، ولأن طريقها العبادة المحضة دون براءة الرحم.

فصل

وإنما قلنا: إن غير المدخول بها تبرأ بمضى المدة لأنه ليس وراءه أمر يطلب سواه، فلم يلزمها غيره، فأما المدخول بها فلا يبرؤها إلا حيضة على ما بيناه خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3] لأنها بائن مدخول بها من ذوات الحيض لم تتيقن براءة رحمها فلم تبرأ إلا بالحيض أو التربص الدال على براءة الرحم القائم مقام الحيض، أصله المطلقة، ولأن احتباس الحيض عن عادته من غير عارض أو سبب يعرف ريبة ولا يجوز النكاح مع الريبة.

فصل

وإنما قلنا: إن حيضة واحدة مجزية لأن الأصل هو العدة المعتد بها وليس الاستبراء بمجرده مقصودًا فيستوى فيه ما يجب لحرمتها.

---

(١) ثبت فى (أ) (يجب).

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٣/ ١٩٥).

(٣) انظر الحاوى الكبير للماوردى (١١/ ٢٣٤)، الأم للشافعى (٥/ ٢٠٥).

فصل

ووجه القول فى التى عادتها أن تحيض مرة فى السنة أو فيما يدخل فيه الاعتداد بالشهور أنها تبرأ بمضى المدة وإن لم تحض، أن سبب تأخيره للعادة لا لريبة فحمل على المعتاد، ووجه قوله: إنه لا يبرؤها إلا الحيض اعتبارها بمن لا عادة لها، ولأن تأخره يمكن أن يكون للعادة ولشغل الرحم.

فصل

وإنما قلنا فى التى لا عادة لها بتأخير الحيض وفى المعتادة كذلك على إحدى الروايتين أنها تجلس تمام تسعة أشهر من يوم الوفاة، لأن ذلك غالب مدة الحمل وهو الذى يعلم به براءة الرحم من زوال الريبة وتأخير الحيض وإن أحست بعد تربصها هذه المدة بريبة انتظرت زوالها.

فصل

ووجه قوله [فى الكتابية أن عليها الاعتداد بالشهور لعموم الظواهر ولأنه نوع من البينونة كالطلاق، ولأنها زوجة مسلم مات عنها ليست بحامل فتلزمها العدة بالشهور كالمسلمة، ولأن كل عدة لزمت المسلمة لزمت الكتابية كوضع الحمل][1].

ووجه قوله: إن عليها الاستبراء لأن تربصها يتعلق به حق لله تعالى وحق للمسلم: فأما حق المسلم فحق النسب وذلك يلزمها لأنه لا يبرؤها إلا العلم ببراءة الرحم، وما زاد على ذلك حق لله محض وحقوق الله تعالى المحضة المتميزة عن حقوق الآدميين لا يخاطب بها الكفار.

وإنما قلنا: إن غير المدخول بها من الكتابيات يتخرج على هذا الاختلاف لأن الطريقة فيه واحدة فلم يكن له وجه إلا إجراؤه مجرى ما تقدم.

فصل

فأما المرتابة: فهى التى ترتفع حيضتها من غير إياس من بعد أن كانت تحيض، فلا يخلو ذلك أن يكون لعارض يعلم أنه يؤثر فيه أو لغير عارض، فالعارض إما رضاع وأما

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

مرض، فإن كان تأخيره للرضاع فإنها لا تعتد إلا بالأقراء، فتمكث متوقعة له إلى أن تراه، طال الوقت أم قصر وإنما قلنا ذلك للإجماع والمعنى: فأما الإجماع فإن حبان بن منقذ طلق امرأته وهى ترضع فمكثت نحو سنة لا تحيض لأجل الرضاع ثم مرض حبان فخاف أن ترثه إن مات فخاصمها إلى عثمان، وعنده علىّ وزيد رضى الله عنهم فقال لهما: ما تريان، فقالا: نرى أنها ترثه لأنها ليست من القواعد اللائى يئسن من المحيض، ولا من الأبكار اللائى لم يحضن فهى عنده على حيضتها، مات كان من قليل أو كثير لم يمنعها إلا الرضاع فانتزع حبان ابنه منها، فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثته واعتدت عدة الوفاة[1]، فأجمعوا أن التأخير بالرضاع لا يسوغ لها الاعتداد بغير الحيض وعللوا ذلك بأنها ليست ممن تحيض ولا آيسة.

والمعنى هو جرى العادة بأن الرضاع يؤثر فى تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبة، فإذا كان ذلك وجب انتظار زواله.

فصل

وأما المرض ففيه روايتان: إحداهما أنه كالرضاع ذكرها الشيخ أبو بكر عن أشهب، والأخرى أنه ريبة، فوجه قوله: إنه كالرضاع أن سبب تأخر الحيض معروف، ولأن المرض يؤثر فى ذلك لأنه يضعف القوة أو يكون فيه ما يخرق الدم أو يحبسه، فكان كالرضاع ووجه القول بأنه ريبة أنه ليس فيه عادة متقررة بتأخير الحيض ولا اختصاص فى ذلك لبعض الأمراض دون بعض فكان ريبة.

فصل

فأما إذا ارتفع حيضها لغير عارض ولا سبب معتاد تأثيره فى رفع الحيض، فإنها تنتظر تسعة أشهر غالب مدة الحمل، فإن حاضت فى خلالها حسبت ما مضى قرءاً ثم تنتظر القرء الثانى إلى تسعة أشهر، فإن حاضت احتسبت به قرءاً آخر، وكذلك فى الثالث فإن مضت لها تسعة أشهر ولم تحض استأنفت الاعتداد بثلاثة أشهر وصارت من أهل الاعتداد بالشهور، فإن حاضت من قبل تمامها ولو بساعة حسبت جميع ما مضى لها من وقت الطلاق وقت حيضها قرءاً ثم استأنفت تربص تسعة أشهر ثم ثلاثة بعدها، وأى وقت مضت لها سنة لا حيض فى خلالها فقد حلت ولا يراعى إن حاضت بعد السنة

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧/٦٨٨) ح (١٥٤١٠).

بقليل أو كثير، وقال الشافعي في الجديد تمكث أبدًا إلى أن تعلم براءة رحمها قطعًا وهو أن تبلغ سن من لا تحيض مثلها[١]، فدليلنا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر»[٢]، وهذا قول صحابي إمام لا مخالف له، ولأن الغرض من ذلك التوصل إلى العلم ببراءة الرحم وقد ثبت أنه لا يراعى فيه القطع واليقين، لأن ذلك يوجب أن تجلس أقصى مدة الحمل أو أن لا يحكم ببراءة الرحم بمضي الثلاثة الأقراء أو الثلاثة أشهر لمن قاربت البلوغ، وذلك باطل فلم يبق إلا الاعتبار بالظاهر وقد حصل.

فصل

في عدة المستحاضة من الطلاق روايتان[٣]: إحداهما أنها سنة لأن الاستحاضة ريبة فتجلس الغالب من مدة [الحمل تسعة أشهر ثم ثلاثة وهي العدة، والأخرى أنها إن ميزت بين الدمين وكان لها قرءًا معلومًا اعتدت به لأنها من ذوات الأقراء فإذا عرفته][٤] بالتمييز اعتدت به كغير المستحاضة.

فصل

وفي عدتها من الوفاة روايتان: إحداهما أربعة أشهر وعشرًا، والأخرى أنها تقيم تسعة أشهر، فوجه الأولى عموم الظواهر، ولأنها متوفى عنها غير حامل كغير المستحاضة، ووجه الثانية أن الاستحاضة نفسها ريبة، فوجب أن تجلس غالب مدة الحمل.

فصل

وعنه في أكثر الحمل ثلاث روايات: إحداها أربع سنين وهي المشهورة، والثانية خمس والثالثة سبع، وفائدة الخلاف امتداد التربص بالمرتابة، وأن المطلقة إذا أتت بولد لأكثر من مدة الحمل من وقت الطلاق فإنه لا يلحق به.

---

(١) انظر الحاوي الكبير للماوردي (١١/١٨٨)، الأم للشافعي (٥/١٩٦).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: الطلاق (٢/ ٥٨٢) ح (٧٠).

(٣) المدونة الكبرى (٢/٦٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فوجه الأولى ضرب عمر رضى الله عنه لامرأة المفقود أربع سنين[١]، وإنما ذلك لأنه أكثر الحمل، وروى مثله عن عثمان وعلىّ رضى الله عنهما[٢] ولا مخالف عليهم فيه، وقد ذكر أصحابنا عن أهل المدينة أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين، ولأن ما زاد على السنتين لو لم يكن مدة للحمل لوجب أن لا يلحق به الولد إذا ادعاه وأكذبته وفى لحوقه به دليل على أنه من مدته.

ووجه اعتبار الخمس أن ذلك قد وجد وذكر عن ابن عجلان وجوده.

وأما السبع فلم يقف على وجود لها والأظهر الأربع فقط.

فصل

عدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة واحدة وهى فى الحقيقة استبراء لا عدة لأنه عن وطء بالملك، وقد قال عمرو بن العاص أربعة أشهر وعشراً[٣]، وقال أبو حنيفة ثلاثة أقراء كالحرة المطلقة[٤]، ودليلنا على عمرو قوله تعالى: ﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً**﴾ [البقرة:٢٣٤] فأوجب ذلك على الزوجات فدل على أن الإماء بخلافهن، ولأنه وطء بملك اليمين فلم يلزم فيه عدة الوفاة كالأمة الموطوءة، ودليلنا على أبى حنيفة قوله تعالى: ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾ [البقرة:٢٢٨]، فأوجب ذلك فى حق المطلقات فانتفى[٥] وجوبه بالملك، ولأنه استبراء عند زوال الملك عن الرقبة فكان بقرء واحد، أصله الأَمَة المبيعة.

فصل

وهذا إذا كانت ممن تحيض، فإن كانت حاملاً فوضع الحمل، وإن كانت يائسة فثلاثة أشهر، فإن كانت مستحاضة أو مرتابة قعدت تسعة أشهر، وعدتها من وفاة زوجها شهران وخمس ليال وقد بيّنا معانى هذه الجملة من قبل.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ: الطلاق (٢/ ٥٧٥) ح (٥٢) والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٧٣٢) ح (١٥٥٦٦).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧/ ٧٣٢) ح (١٥٥٦٧).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧/ ٧٣٢) ح (١٥٥٦٩).

(٤) انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٤٥)، الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٠٩).

(٥) الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٠٩) الاختيار للموصلى (٣/ ١٤٦).

فصل

المطلقة الرجعية إذا مات عنها وهى فى العدة انتقلت إلى عدة الوفاة لأنها فى حكم الزوجات بدليل لحوق طلاقه لها ووجوب نفقتها عليه وثبوت التوارث بينهما، ولأن كل من يلحقها طلاقه لبقاء حكم الزوجية فموته عنها يوجب عليها عدة، أصله الزوجة.

فصل

البائن إذا مات عنها زوجها ثبتت على عدتها ولم تلزمها عدة بموته لأنه مات عن بائن منه كالتى قد خرجت من العدة.

فصل

إذا طلقت الأَمَة فأعتقت وهى فى العدة مضت على عدة الأَمَة ولم تنتقل إلى عدة الحرة كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: تنتقل فى الرجعى دون البائن، والشافعى فى قوله إنها تبنى على عدة الحرة فى كلا الأمرين[1]، لأنها أَمَة معتدة من طلاق فوجب أن تبنى على العدة التى لزمتها حال الطلاق ما كان زوجها باقيًا كالتى لم تعتق، ولأنها معتدة عن طلاق فوجب أن لا ينتقل اعتدادها ما دامت معتدة عنه، أصله الطلاق البائن ولا يلزم عليه الموت لأنها تنتقل عن اعتداد الطلاق إلى الاعتداد عن الموت ولا تبنى.

فصل

ولو مات عنها بعد أن أعتقت فى العدة من طلاق رجعى لانتقلت إلى عدة الوفاة لأنها فى حكم الزوجات كالحرة وتعتد عدة الحرة لأن الموت صادفها حرة ولو كان الطلاق بائنًا لم تنتقل لأن الموت صادفها أجنبية.

فصل

كل رجعة تهدم العدة إلا رجعة المولى والمعسر بالنفقة، فإنهما موقوفتان على الفيء والإنفاق، وقال الشافعى: إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء بنت على عدتها الأولى[2].

---

(١) الأم للشافعى (٥/١٩٩)، المهذب للشيرازى (٢/ ١٤٥).

(٢) قال الشيرازى: (إذا طلق امرأته بعد الدخول طلقة ثم راجعها نظرت فإن وطئها بعد الرجعة =

ودليلنا أنها رجعة صحيحة منبرمة، فوجب أن تهدم العدة، أصله إذا وطء فيها.

فصل

إذا تزوجت فى العدة ووطئها الثانى، ففى العدتين روايتان: إحداهما التداخل والأخرى نفيه، فوجه التداخل أن الغرض الذى له ترادان هو العلم ببراءة الرحم، وذلك يحصل مع التداخل، أصله إذا حملت، ووجه نفيه فلأنه وطء له حرمة، فوجب استيفاء عدتها كالأولى.

= ثم طلقها لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها بقية العدة الاولى فإن راجعها ثم طل ان يطأها ففيه قولان: أحدهما: ترجع إلى العدة الأولى وتبنى عليها كما لو خال تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل ان يطأها. الثانى: أنها تستأنف العدة وهو اختيار الم الصحيح) المهذب للشيرازى (٢/ ١٥٢).

باب

لا إحداد[1] على مطلقة لا رجعية ولا بائنة خلافًا لأبي حنيفة[2] وأحد قولي الشافعي في إيجابهما على البائن لأنها مطلقة كالرجعية[3].

فصل

والإحداد على كل زوجة متوفى عنها حتى تنقضي عدتها، والأصل فيه قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»[4]، وحديث أم سلمة أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها؟ فقال: «لا» مرتين أو ثلاثًا، ثم قال: «إنما هي أربع أشهر وعشرًا وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول»[5]، ولأن الزينة والطيب باعثان على النكاح فمنعت من ذلك كما منع المحرم منه، ولأنها لما منعت من التصريح بالخطبة وهو بالقول كانت بمنع ما هو أبلغ مما يدعو إلى ذلك أولى ولا يدخل عليه المطلقة لأن لها من يراعيها ويمنعها من التزويج إن أرادته والمتوفى عنها بخلافها.

فصل

وعلى الأمة الزوجة المتوفى عنها زوجها الإحداد خلافًا لمن نفاه لعموم الأخبار واعتبارًا بالحرة بعلة كونها زوجة متوفى عنها.

---

(١) الإحداد في اللغة: من الحد وهو المنع وسمي البواب حدادًا. القاموس المحيط (١/ ٢٨٦). وفي الاصطلاح: ترك ما هو زينة ولو مع غيره فيدخل ترك الخاتم فقط للمبتذلة. شرح حدود ابن عرفة: (١/ ٣١٢).

(٢) قال الموصلي: (وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحداد) الاختيار (٣/ ١٥١)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٣١١).

(٣) الحاوي الكبير للماوردي (١١/ ٢٧٥)، روضة الطالبين (٨/ ٤٠٥).

(٤) أخرجه البخاري: الجنائز ٣٠/ ١٧٤ ح (١٢٨١)، ومسلم: الطلاق (٢/ ١١٢٣) ح (١٤٨٦/٥٨).

(٥) أخرجه البخاري: الطلاق (٩/ ٣٩٤) ح (٥٣٣٦) مسلم: الطلاق (٢/ ١١٢٤) ح (١٤٨٨/٥٨).

فصل

وتلزم الحرة الصغيرة خلافًا لأبى حنيفة[١] لقوله ﷺ وسئل عن من مات عنها زوجها فاشتكت عينيها أتكحلها؟ قال: «لا»[٢] ولم يسأل، ولأنها عدة من وفاة كعدة البالغة.

فصل

ولزومه للكتابية إذا مات عنها زوجها المسلم مختلف فيه، فوجه الوجوب عموم الخبر، ولأنها معتدة من وفاة زوج مسلم كالمسلمة، ووجه نفيه قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج»[٣]، فجعل من وصف الحداد أن تكون مؤمنة، ولأنها لما كانت عدتها الاستبراء دون عدة الوفاة كذلك لا إحداد عليها اعتبارًا بالأمة والأول أصح.

فصل

لا إحداد على الأمة، ولا على أم الولد لأنها ليست بزوجة ولأن الملك لا يقصد للواطئ.

فصل

الإحداد هو الامتناع من الزينة والطيب كله ومصبغ اللباس كالأحمر والأصفر والأخضر والخلوق[٤] لأن هذه الألوان يتزين بها النساء لأزواجهن ويتصنعن بها وليس منها الأسود والأبيض والسابرى[٥]، والامتناع من الحلى كله الخاتم فما فوقه، وكذلك الكحل والحناء إلا للضرورة والامتشاط بما يختمر فى الرأس والأدهان المطيبة كاللبان[٦] والخيرى ودهن الورد والبنفسج وجميع ما يتزين به النساء لأزواجهن مما يثير به الشهوة ويبعث على الجماع.

---

(١) قال المرغينانى: (ولا حداد على صغيرة لأن الخطاب موضوع عنا) الهداية للمرغينانى (٢/ ٣١٢)، الاختيار للموصلى (٣/ ١٥١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الخلوق: نوع من الطيب يقال خلّقته تخليقًا طيبه فتخلّق به ـ القاموس المحيط (٣/ ٢٢٩).

(٥) السابرى: ثوب رقيق جيد . القاموس المحيط (٢/ ٤٤).

(٦) اللبان نوع شجر لها عسل. القاموس المحيط (٤/ ٢٦٥).

فصل

ولا يجوز لمعتدة من وفاة أو طلاق أن تنتقل عن بيتها التى كانت فيه حتى تنقضى عدتها إلا أن تخاف عورة منزلها أو تدعوها ضرورة لا يمكنها المقام معها، فلها أن تنتقل وتقيم بالموضع الذى تنتقل إليه، وكذلك إن كانت الدار مستأجرة جاز لها الانتقال.

وإنما قلنا ذلك فى المتوفى عنها لحديث الفريعة لما سألت رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجى خرج فى طلب أعبُد له ضلوا فلما أدركهم قتلوه فأعتد فى بيت أهلى، فقال: «امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»[1].

وإنما قلنا ذلك فى المطلقة خلافًا للشافعى فى المبتوتة[2]، لأنها معتدة كالمتوفى عنها، وإنما أجزنا لها ذلك إذا خافت عورة المنزل لأنها ضرورة وتغرير بالنفس أو بالمال، وكذلك إذا أخرجها ملاك المنزل لأن الخروج يلزمها.

وإنما قلنا: إنها تقيم بالموضع الذى انتقلت إليه لأنه موضع يلزمها الاعتداد فيه كالأول، ولها أن تخرج فى حوائجها نهارًا وفى الليل وقت هدوء الناس لضرورتها إلى التصرف فى أمورها، وقد لا تجد نائبًا عنها، وذلك بخلاف المبيت لأنه ضرورة بها إلى المبيت.

(١) أخرجه أبو داود: الطلاق (٢/ ٣٠٠) ح (٢٣٠٠)، والترمذى: الطلاق (٣/ ٤٩٩) ح (١٢٠٤) وقال: حسن صحيح. والنسائى: الطلاق (٦/ ١٦٥) (باب مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تحل). وابن ماجه: الطلاق (١/ ٦٥٤) ح (٢٠٣١).

(٢) الأم للشافعى (٥/ ٢٠٩)، روضة الطالبين (٨/ ٤٠٨).

باب

والمطلقة الرجعية لها النفقة والسكنى لثبوت الزوجية بينهما وأحكامها من لحوق الإيلاء والظهار والطلاق والتوارث.

فصل

ولا نفقة للمبتوتة إذا لم تكن حاملاً خلافًا لأبى حنيفة[1] لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق:٦]، فإذا انتفى الشرط وهو الحمل انتفى الوجوب، ولنفيه ﷺ النفقة لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة[2]، ولأنه نوع من البينونة كالموت، وكذلك المختلعة مثلها.

فصل

وللمطلقة الحامل النفقة رجعية أو بائنة: أما الرجعية، فإن أحكام الزوجية ثابتة بينهما، ولأن النفقة ثابتة لها وإن لم تكن حاملاً فمع الحمل أولى، وأما البائن فلقوله عز وجل: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق:٦] ولأن البينونة إنما تؤثر فى سقوط النفقة فى الزوجية وهذه النفقة للحمل وإن كان لا يصل إليه إلا من جهة الإنفاق على الأم، وهذا فى الزوج الحر، فأما العبد فلا تلزمه على حمل كان الحمل حرًا أو رقًا لأن نفقة الرق على مالكه والحر من فقراء المسلمين.

فصل

لا نفقة للملاعنة حاملاً كانت أو حائلاً لأنها بائن بالفسخ حملها منتف عنه بلعانه فلا تلزمه النفقة على حمل ليس منه.

فصل

تجب السكنى لكل مطلقة مدخول بها لأنه إن كانت رجعية فخصائص النكاح ثابتة

---

(١) الاختيار للموصلى (٣/ ١٦٤). الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٢٥).

(٢) أخرجه مسلم: الطلاق (٢/ ١١١٤) ح (٣٦/ ١٤٨٠)، وأبو داود: الطلاق (٢/ ٢٩٤) ح (٢٢٨٤) ومالك فى الموطأ: الطلاق (٢/ ٥٨٠) ح (٦٧).

بينهمـا ما خلا الوطء، وكذلك النفقـة واجبة لها بالزوجـية والسكنى تابع للنفقـة، فأما البائن فلا نفقة لها ولها السكنى خلافًا لابن أبى ليلى[(١)]، لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ [الطلاق:٦]، وهذا عائد على المطلقات وخاص فى المبتوتات، وقوله: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾ [الطلاق:١]، ولأن السكنى لحرمـة النسب ووجوب حفظه، وذلك لا يزول بزوال الزوجـية ويفارق النفقة لأنهـا عوض من الاستمـتاع وقد زال.

فصل

لا نفقة لمعتدة من وفـاة لأنها قد بانت بموت الزوج، ولأن ملكه قد زال عنه بالموت، فلو وجبت لها النفقة بحق الزوجية لكانت تلزم فى حق الورثة وهذا غير جائز.

فصل

وسواء كانت حامـلاً خلافًا لمن حُكى عنه وجوب النفقة لهـا إذا كانت حاملا[(٢)]، لأن نفقة الحمل ليـست بدين ثابت مستقر بدليل أن أباه لو كان معـسرًا لم يلزمه شىء وموته أبلغ فى إعسـاره، ولأنها تجب حـالاً فحالاً، فلـو أوجبناها بعد الموت لـكان ذلك إيجابًا مبتدأ فى حق الورثة وذلك غير جائز.

فصل

والسكنى واجبة لها إن كانت الدار للميت مملوكـة الرقبة أو المنافع خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا سكـنى لها[(٣)] لقوله ﷺ: «امكثـى فى بيتك حتى يبلغ الـكتاب أجله»[(٤)]، ولأن ذلك يتـعلق به حق الله وحق الميت وحق النسـب، فأشـبـه الكفن، وإن لم يكن للمـيت منزل كـانت السكنى عليـها ولم يـلزم الورثة أن يسكنوها من أمـوالهم ولا من التركة.

---

(١) قال ابن أبـى ليلى وابن شبـرمة والثـورى والحسن بن صالـح وأبو حنيفـة وأصحابة والـبتى والعنبرى: إن لها السكنى والنفقة. المغنى (٩/ ٢٨٩).

(٢) هى إحدى الروايتين عند الحنابلة (٩/ ٢٩١).

(٣) الاختيار للموصلى (٣/ ١٦٤).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

وعلى المرأة إرضاع ولدها ما دامت زوجة لأبيه إلا أن يكون مثلها لا يرضع إما لشرف أو علو قدر يعلم أن مثلها لا ترضع أو أن تكون سقيمة أو قليلة اللبن، فعلى الأب حينئذ إرضاعه من ماله، وقال أبو حنيفة[1] والشافعي: لا يلزمها ذلك على كل وجه[2]، وقال أبو ثور فيما يحكى عنه: يلزمها على كل وجه[3].

فدليلنا على لزومه لها إذا كانت بالصفة التي ذكرناها قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة:٢٣٣]، وهذا وإن كانت صيغته الخبر، فالمراد به الأمر، ولأن العرف جار بذلك فى غالب أحوال الناس أن المرأة تلى بنفسها إرضاع ولدها من غير تكليف الزوج أجرة، وما جرى مجرى العرف به كان كالمشترط، ولأنه لو كان لا يقبل من غيرها للزمها إرضاعه لحق الولد وما يستحق على الإنسان ويجبر عليه لا يستحق عليه أجرة ألا ترى أنه لما لم يلزم الأجنبية ذلك كان لها الأجرة.

ودليلنا على أبى ثور أنها إذا كانت شريفة ومثلها لا ترضع فالعرف جار بأن الإرضاع على الزوج وعلى ذلك دخلا فلم يلزمها ما لم تدخل عليه إلا بشرط.

فصل

وإذا كان مثلها يرضع فطلقها الأب فلا يلزمها الإرضاع إلا بأجرة إن دفع إليها لقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦]، ولأن المعنى الذى كان يوجب عليها ذلك هو الزوجية، وقد زالت فزال الحكم الواجب به.

---

(١) قال الموصلى: (وليس على الأم إرضاع الصبى لأن أجره الإرضاع من نفقته وهى على الأب قال: إلا إذا تعينت بأن لم يجد غيرها أو لا يأخذ من لبن غيرها فيجب. عليها حينئذ صيانة للصغير عن الهلاك)، الاختيار للموصلى (١٦٦/٣) الهداية للمرغينانى (٣٢٦/٢).

(٢) قال الماوردى: (قال الشافعى رضى الله عنه: (ولا تجبر امرأة على رضاع ولدها شريفة كانت أو دنيئة موسرة كانت أو فقيرة). الحاوى الكبير للماوردى (٤٩٤/١١)، روضة الطالبين (٨٨/٩).

(٣) نقله الماوردى عنه فى الحاوى الكبير. انظر الحاوى الكبير للماوردى (٤٩٥/١١).

فصل

وإذا أرضعت الحامل المتوفى عنها فرضاعها في مال الصبي، لأن المرأة لا يلزمها إرضاع ولدها ولا النفقة عليه ولا يلزم الورثة ذلك لما نذكره فيما بعد وهو من فقراء المسلمين، فإن كان الصبي لا يقبل من غيرها ولا مال له لزمها إرضاعه لأن في ذلك إضاعته وإتلافه، وقد قال تعالى: ﴿لا تضار والدة بولدها﴾ [البقرة:٢٣٣].

باب

تلزم الرجل نفقة ولده الصغير إذا كان فقيرًا لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق:٦]، وقوله: ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦]، وقوله: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق﴾ [الإسراء:٣١] وقوله ﷺ: «تقول امرأتك: أنفق عليَّ أو طلقنى، ويقول عبدك: أنفق عليَّ أو بعنى، ويقول ولدك: إلى من تكلنى»[1]، فبيَّن أن النفقة تلزم لكل واحد ممن ذكر،وأنه يحتج بما ذكره، ولا خلاف فى ذلك.

وإنما شرطنا الصغر لعجزهم عن التكسب والتحيل لقوتهم.

وشرطنا الفقر للاتفاق على أنه إن كان لهم مال لم يلزم أحد أن ينفق عليهم، فإذا بلغوا نظر، فإن كان سليمًا صحيحًا سقطت النفقة عن الغلام وإن بلغ مجنونًا أو زمنًا فالنفقة لازمة للأب عليه لأن ذلك يمنع التكسب ويحول دون التطلب فإن صح الزمن واستغنى الفقير سقطت نفقته ثم لا تعود إن عاد ذلك به لأن نفقته تجب باستصحاب الوجوب بالصغر دون الابتداء.

فصل

وأما البنت فالنفقة تلزم الأب عليها إلى أن تبلغ ويدخل بها زوجها خلافًا للشافعى فى قوله: إن النفقة تسقط عنهن ببلوغهن[2] لأن أمرهن آكد من الذكور لأنهن لا يقدرن على التكسب إلا إذا تزوجن، فإذا تزوجت الابنة ولزم الزوج نفقتها ثم عادت إلى الأب لا يلزمه الإنفاق بعد سقوطه عنه.

فصل

ولا يلزم الأم النفقة على ولدها لا فى حياة الأب ولا بعد موته لا فى يسره ولا فى عسره خلافًا للشافعى[3]، لأن كل من لا يلزمها إرضاعه فى بعض الأحوال إلا بعوض

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الحاوى الكبير للماوردى. (١١/ ٤٨٤).

(٣) الحاوى الكبير للماوردى (١١/ ٤٨٥).

لم يلزمها الإنفـاق عليه كالأجنبية، ولأن الإنفـاق إذا وجب على شخص لم ينتقل إلى غيره، وكـذلك إذا حال دونه حائل لا ترجع النفقـة عليه ونفقة هذا الـولد كانت لازمة للأب، فإذا فقد الأب أو أعسر لم يلزم غيره كما لا يلزم سائر الأقارب.

فصل

يجب على الولد الموسر النفـقة على أبويه المعسرين لقـوله تعالى: ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفًا﴾ [لقمان:١٥]، وقوله عـز وجل: ﴿وبالوالدين إحسانًا﴾ [البقرة:٨٣] ويلزمه النفقة على الفقير منهما وإن كان صحيحًا خلافًا للشافعى[1] اعتبارًا بالزمانة، ولأن أمرهما آكد من أمر الولد، والمسلم والكافر فى ذلك سواء.

فصل

والجد لا تلزمه النفقة عـلى ولد الولد ولا يلزم ولد الولد الإنفاق على جدهم خلافًا للشافعى[2]، لأن النفقـة على الأقارب لا تجب انتـقالاً، وإنما تجب ابتـداء، ونفقـة الجد لازمة للأب فلا تنتقل إلى ولده وكذلك نفقة الولد لازمة لأبيهم فلا تنتقل إلى جدهم.

فصل

لا تجب النفـقة على من سـوى هؤلاء من الأقارب كـالإخوة والأخـوات والأعمـام والعمات وولد الإخـوة وغيرهم خلافًا لأبى حنيفة فى إيجـابه النفقة على كل ذى رحم محرم[3]، ولأن كل قرابة تعرت عن ولادة مباشرة لم يستحق بها نفقة كبنى العمومة.

---

(١) روضة الطالبين (٩/ ٨٤).

(٢) قال الشـافعى: (وكـانت نفقـة الولد على الوالد وكذلك ولد الولد لأنهم ولد ويـؤخذ بذلك الأجداد لأنهم آباء) الأم للشافعى (٥/ ٩٠)، المهذب للشيرازى (٢/ ١٦٦).

(٣) قال المرغينانى: (والنفقة لكل ذى رحم محرم إذا كان صغيرًا فقيرًا وكانت امرأة بالغة فقيرة أو كـان ذكرًا بالغًا فـقيـرًا زمنًا وأعمى) الهداية للمـرغينـانى (٢/ ٣٢٨)، الاختيار للمـوصلى (٣/ ١٦٨).

باب

إذا طلق الرجل امرأته فالحضانة[١] لأمهم لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى»[٢] ولأن المراعاة فى ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد.

فصل

واختلف عنه هل هى حق للأم أو للولد عليها[٣]، فإذا قلنا: إنها حق للأم فلقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى»[٤]، ولأنها يلحقها ضرر بالتفرقة بينها وبين ولدها مع كونها أحن عليه وأرفق به.

وإذا قلنا: إنها حق للولد فلأن الغرض حفظ الصبى ومراعاته ومصلحته دون مراعاة أمر الأم، ألا ترى أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه وكذلك إذا غاب الأب غيبة استقرار.

فصل

إذا تزوجت الأم، فما لم يدخل بها فهى أحق به، فإن دخل بها انقطعت حضانتها لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى»[٥]، ولأن الصبى يلحقه ضرر ويتكره الزوج له وتضجره به، ولأن الأم تدعوها الضرورة إلى التقصير فى تعهده طلبًا لمرضاة الزوج، وكان ذلك الأب يضر بالصبى، فلذلك زال حقها من الحضانة فإن طلقها أو مات عنها كان لها أخذه لزوال المانع.

---

(١) الحضانة: من الحضن يقال: حضن الصبى حضنًا وحضانة بالكسر جعله فى حضنه أو رباه كاحتضنه. القاموس المحيط (٤/ ٢١٥).

وفى الاصطلاح: (حفظ الولد فى مبيته ومؤنة طعامة ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٢٤).

(٢) أخرجه أبو داود: الطلاق (٢/ ٢٩٢) ح (٢٢٧٦)، وأحمد: المسند (٢/ ٢٤٦) ح (٦٧١٦).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦٢٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

يحضن الغلام إلى أن يبلغ والجارية إلى أن تنكح ويدخل بها زوجها خلافًا للشافعي في قوله: إن حضانتها تسقط ببلوغها[1]، لقوله ﷺ: «ما لم تنكحي» فأطلق، ولأن الابنة تحتاج إلى الحفظ والمراعاة إلى أكثر مما يحتاج إليه الابن وبلوغها لا يزيل ذلك لأنها معرضة للأزواج وبنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها والأزواج يرغبون فيمن يكنفها أبوها وأمها ومن لم تخرج عن حضانتهما ومراعاتهما أكثر من رغبتهم في المتخلية بنفسها، فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها.

فصل

إذا أراد الأب الخروج إلى بلد آخر وأراد أخذ الطفل معه، فإن كان لحاجة أو تجارة فليس له أخذه معه لأن كونه مع أمه أصلح وأحوط عليه، وإن كان لنقله عنه وإقامة بغيره فله أخذه والانتقال به، ولا مقال للأم لأن كونه مع أبيه على هذا الوجه أحفظ له.

فصل

إذا انتقلت الحضانة عن الأم بموتها أو بتزويجها أو بعجزها فإنها تنتقل إلى أمها وهي جدة الطفل إن كانت غير ذات زوج إلا أن يكون الزوج جد الصبي فلا يسقط حق الجدة من الحضانة لأن جده لا يضجر به ولا يؤدي كونه معها إلى تقصير في حق الطفل، والأجنبي بخلاف ذلك ثم من بعد أم الأم إلى الخالة، فإن لم يكن من جهة الأم أحد انتقلت إلى جهة الأب، فكانت أم الأب وأخته وهي عمة الصبي، وكذلك أخوات الصبي يثبت لهن حق الحضانة لإشفاقهن عليه وقُدِّم قرابة الأم على قرابات الأب كما قدمت الأم على الأب وقدمت الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدة وكذلك قدمت أم الأب على العمة لأنها والدة.

فصل

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أولى الأب أو قراباته، فإذا قلنا: إن

---

(١) روضة الطالبين (٨/١٠٣). مغني المحتاج (٣/٤٥٦).

الأب أولى فلأن به يدلون فالأصل أولى، وإذا قلنا: إنهن أولى فلأنهن وإن كن يدلين به فهن أرفق بالصبى وألطف تأتيًا له فى مصالحه وتعهده، ولأن الأب لا يمكن أن يحفظه بنفسه لأن ذلك لا يليه الرجال بنفوسهم وإنما يستنيبون غيرهم من النساء فكان النساء أولى.

فصل

فإن لم يكن أحد من قرابات الأم ولا الأب كان حق الحضانة منتقلاً إلى عصبة الطفل لأن إضاعته غير جائزة، وقد لزمهم بحكم القرابة حفظه ومراعاته كما يثبت لهم حق فى ميراثه وعليهم فى العقل عنه.

باب

ومن ملك أمة يوطأ مثلهـا حاملاً من غيره بأى وجه ملكهـا فلا يجوز له وطؤها ولا التلذذ بشىء منهـا حتى تضع، وإن كانت حـائلاً حتى يستبرئهـا بحيضـة إن كانت ممن تحيض أو بثـلاثة أشهر إن كانت لا تحـيض وإن ارتفعت حيضـتها وارتاب لذلك فتسعة أشهر، وليس عـليه استبراء من لا يوطأ مـثلها ولا من يعلم براءة رحمهـا بأن كانت فى حيازته فحاضت عنده.

وإنما قلنا ذلك لقـوله ﷺ: «لا توطأ حامل حـتى تضع ولا حائل حـتى تحيض»[1]، وقال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره»[2].

وإنما قلنا: إنه لا يتلذذ بشىء منهـا لأن كل معنى يمنع استبـاحة الوطء منع التلذذ بما دونه إذا كان لحق الغير، أصله الأجنبية.

وإنما قلنا: إن حيضة واحدة تكـفى لأنها تدل على براءة الرحم فى الغالب ولا يتعلق بها عبادة كالعدة.

وإنما قلنا: إن كـانت لا تحيض فـثلاثة أشـهر خـلافًا لأبى حنيفـة[3] والشافـعى فى قولهما: إنها تستبرأ بشهر[4] لأن كل من عدم منها الحيض وخيف من جـهتها الحمل فلا يجوز وطؤها قبل ثلاثة أشهر، أصله المعتدة، ولأن بالشـهر الواحد لا يتبين أمارة الحمل لأن أقل ما يتبين فيه ثلاثة أشهر.

وإنما قلنا: إذا ارتابت بارتفاع الحيض جلست تسعة أشهر لأنها الغالب من مدة الحمل

---

(١) أخـرجـه أبو داود: النكـاح (٢/ ٢٥٤) ح (٢١٥٧) والدارمى: الطلاق (٢/ ٢٢٤) ح (٢٢٩٥) وأحمد: المسند (٣/ ٧٧) ح (١١٦٠٢) انظر نصب الراية (٣/ ٢٣٣).

(٢) أخرجـه أبو داود: النكاح (٢/ ٢٥٤) ح (٢١٥٨)، والترمـذى: النكاح (٣/ ٤٢٨) ح (١١٣١) وقال: حسن. وأحمد: المسند (٤/ ١٣٤) ح (١٦٩٩٩).

(٣) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٩).

(٤) هو أحد القـولين عند الشافعـية. قال الشيـرازى: (وإن وجب الاستبـراء وهى ممن لا تحيض لصغر أو كبر ففيـه قولان: أحدهما تستبرأ شهر لأن كل شهر فى مقـابلة قرء والثانى: تستبرأ ثلاثة أشهر وهو الصحيح لأن ما دونهـا لم يجعل دليلاً على براءة الرحم). المهذب للشيرازى (٢/ ١٥٣)، الحاوى الكبير للماوردى (١١/ ٣٤٦).

والبراءة تقع بها فى الغالب.

وإنما قلنا: إن من لا يوطأ مثلها للصغر أو للهرم فلا يلزم استبراؤها خلافًا للشافعى[1] لأن العلم البت حاصل ببراءة رحمها فلم يحتج إلى استبراء كوضع الحمل.

وإنما قلنا: إن من هى فى حيازته لا استبراء عليه لأنه عالم ببراءة رحمها قبل انتقال الملك فلا حاجة به إلى تجديده.

فصل

ولا يجوز لمن وطىء أمة أن يبيعها قبل استبرائها لأنه لا يأمن أن يكون رحمها مشغولاً بمائه فيكون بائعًا لولده ولأم ولده، ولا يجوز للمشترى أن يطأها حتى يستبريها لما ذكرناه، فإن اتفقا على استبراء واحد جاز لأن الغرض الذى له يراد يحصل وهو العلم ببراءة الرحم.

فصل

ولا يجوز لمبتاع أمة فى عدة من طلاق أو وفاة أن يطأها أو يقبلها أو يتلذذ بشىء منها حتى تخرج من عدتها لأنه لما لم يجز نكاحها فى هذه الحال لم يجز وطؤها بالملك كما لو كانت تحت زوج.

---

(١) قال الماوردى: (وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود رضوان الله عليهم وبه قال أبو حنيفة) الحاوى الكبير للماوردى (١١/٣٤٢).

باب: فى الرضاع [١]

الأصل فى التحريم بالرضاع فى الأعيان المحرمات قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء:٢٣]، وقول النبى ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»[٢]، وقوله: «إنما الرضاعة من المجاعة»[٣]، ولإجماع الأمة على ذلك[٤].

فصل

وإذا وصل إلى جوف الرضيع شىء من لبن المرأة برضاع أو وجور[٥] أو ما يعلم وصوله إلى الجوف من سعوط[٦] أو حقنة فى مدة الحولين فقط دون زيادة عليهما فى رواية ذكرها محمد بن عبد الحكم أو زيادة يسيرة فى رواية أبيه أو بزيادة الشهر ونحوه فى رواية عبد الملك أو الشهرين فى رواية ابن القاسم من ذات لبن من ولادة من حلال أو حرام أو من درور من غير الولادة من صغيرة أو يائسة أو حية أو ميتة منفرداً بنفسه أو مختلطاً بما لم يستهلك فيه، فإنه يحرم ويصير به المرضع ابنًا للمرضعة يحرم به نكاحها ولا عدة عليها، وتنتشر به الحرمة بينه وبين من له اللبن، ولا يجوز له إن كانت أنثى نكاحها ولا نكاح من لو كان ابنها من النسب لحرم عليه.

---

(١) الرضاع فى اللغة: المص يقال: رضع الصبى ثدى أمه أى: امتص ثدى أمه. القاموس المحيط (٣/ ٢٩ ـ ٣٠). وفى الاصطلاح: قال ابن عرفة: (الرضاع عرفًا وصول لبن آدمى لمحل مظنة غذاء) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣١٦).

(٢) أخرجه البخارى: الشهادات (٥/ ٣٠٠) ح (٢٦٤٦)، ومسلم: الرضاع (٢/ ١٠٦٨) ح (٢/ ١٤٤٤).

(٣) أخرجه البخارى: النكاح (٩/ ٥٠) ح (٥١٠٢)، ومسلم: الرضاع (٢/ ١٠٧٨) ح (٣٢/ ١٤٥٥).

(٤) المغنى لابن قدامة (٩/ ١٩١)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/ ٤٥٢).

(٥) الوجور شرب الشىء كرهًا يقال: توجّر الدواء: بلعه. القاموس المحيط (٢/ ١٥٣).

(٦) السعوط: صب الشىء عن طريق الأنف يقال: سعطه الدواء وأسعطه إياه أدخله فى أنفه فاستعط. القاموس المحيط (٢/ ٣٦٤).

فصل

وإنما قلنا: إن تحريم الرضاع يقع بالقليل من اللبن من غير حد خلافًا للشافعى فى قوله: لا يحرم إلا خمس رضعات[١]، لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم﴾ [النساء:٢٣] فأطلق، وقوله ﷺ: «إنما الرضاعة من المجاعة»[٢]، وقوله: «إنما الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»[٣]، وهذا يحصل للقليل بقسطه كما يحصل للكثير بقسطه، وقوله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»[٤]، وقد ثبت أن التحريم بالنسب لا يفتقر إلى عدد من الولادة، وكذلك الرضاع، ولأن كل معنى أوجب حرمة مؤبدة فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد والوطء واعتبارًا بالخمس بقلة الارتضاع من آدمية فى مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام.

فصل

وإنما قلنا: إن الوجور يحرم خلافًا لداود[٥] لأن الرضاع عبارة عن وصول اللبن إلى جوف الطفل على وجه التغذية وأحوال الأطفال تختلف، فمنهم من يلتقم الثدى، ومنهم من لم يلتقمه فيوجر بالمسعطة، ومنهم من يوجر بالثدى نفسه، وكل ذلك رضاع واعتبارًا بوصوله إلى جوفه بالتقام الثدى.

فصل

فأما السعوط قال ابن القاسم: إن وصل إلى الجوف حرم وأطلق ابن حبيب أنه يحرم وهو قول الشافعى[٦]، وقال غيره: إنه لا يحرم[٧]، وليس بقول لأحد من أصحابنا: إنه إن علم وصوله إلى الجوف لم يحرم لأن وصول اللبن إلى الجوف فى مدة الحولين

---

(١) الأم للشافعى (٥/٢٣)، المهذب للشيرازى (٢/١٥٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود: النكاح (٢/٢٢٩) ح (٢٠٦٠) ،والدارقطنى: سننه (٤/١٧٢) ح (٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر المغنى لابن قدامة. (٩/١٩٥).

(٦) قال الشيرازى: (ويثبت التحريم بالسعوط لأنه سبيل لفطر الصائم فكان سبيلاً لتحريم الرضاع كالفم) المهذب (٢/١٥٦).

(٧) هو قول داود وعطاء الخراسانى وإحدى الروايتين عن أحمد. انظر المغنى (٩/١٩٥).

والحاجة إلى التغذية به يوجب التحريم كالارتضاع، وقول ابن القاسم أصح من اعتبار الإطلاق، ولأن الاعتبار فى الرضاع بما يقع الاغتذاء به، ولأن اللبن إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر البدن.

فصل

فأما الحقنة فأطلق ابن حبيب التحريم بها وعلق ابن القاسم الجواب فيها بالعلم بوصول اللبن إلى الجوف وهذا هو الصحيح إن أمكن ذلك ويبعد أن يصل إلى موضع يحصل به الغذاء والله أعلم.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون فى الحولين خلافًا لمن قال: إن رضاعة الكبير تحرم[1]، لقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة:٢٣٣]، وقوله ﷺ: «إنما الرضاعة من المجاعة»[2]. وقوله: «لا رضاع إلا بما فتق الأمعاء»[3]، وقوله: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»[4]، وكل ذلك منتف عن رضاعة الكبير.

فصل

ووجه قوله: إنه لا يراعى زيادة على الحولين بوجه قوله تعالى: ﴿حولين كاملين لمن

(١) قال ابن قدامة: (وكانت عائشة ترى رضاعة الكبير تحرم ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت: يا رسول الله إنا كنا نرى سالمًا ولدًا فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلاً وقد أنزل فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه، فقال لها النبى ﷺ: «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أصبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيراً خمس رضعات وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبى ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع فى المهد وقلن لعائشة: والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى ﷺ لسالم دون الناس رواه النسائى وأبو داود وغيرهما: المغنى (٩/ ٢٠١ ـ ٢٠٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الترمذى: الرضاع (٣/ ٤٤٩) ح (١١٥٢) وقال: حسن صحيح. وابن حبان (١٢٥٠/ موارد الظمآن).

(٤) تقدم تخريجه.

أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة:٢٣٣]، فدل على أن ما زاد عليها ليس من الرضاعة المعتبرة، ولأنه رضاع بعد حولين، أصله بعد ستة أشهر، ولأن ذلك حسم للباب، وإلا لم يكن بعض المدة الزائدة بأولى من بعض.

فصل

ووجه تجويز الزيادة اليسيرة: أن ذلك فى حكم الحولين لأن المرضع قد لا يستغنى بالطعام لضعف قوته عن الاغتذاء بغيره، فكان ما قاربها فى حكمها لهذا المعنى وليس لما قدر بشهر أو شهرين دليل يتحرز.

فصل

إذا فصل فى الحولين واستغنى عن اللبن بالطعام لم يحرم ما ارتضع فى الحولين بعد ذلك خلافًا للشافعى[1] وابن حبيب لقوله ﷺ: «إنما الرضاعة من المجاعة»[2]، وسائر الأخبار، ولأنه مستغنى بالطعام، أصله بعد الحولين.

فصل

وإنما سوينا فى ذلك بين أن يكون اللبن حادثًا عن وطء حلال أو حرام لعموم الظواهر والأخبار، ولأن الاعتبار بوقوع الغذاء به وذلك يستويان فيه.

فصل

وإنما سوينا بين دِرور اللبن ممن لم توطأ وبين الموطوءة واليائسة والحادث عن وطء لما ذكرناه من العموم، وللمعنى المعتبر وهو حصول الغذاء به.

فصل

وإنما سوينا بين لبن الحية والميتة خلافًا للشافعى[3]، لعموم الظواهر والأخبار، ولأنه مؤثر فى التحريم وصل إلى جوف المرضع فى مدة الرضاع وحاجته إلى الاغتذاء به، فوجب أن ينشر الحرمة، أصله اللبن الذى يؤخذ منها حال الحياة.

(١) الحاوى الكبير للماوردى (١١/٣٦٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر روضة الطالبين (٩/٣). انظر المهذب للشيرازى (٢/١٥٧).

فصل

وإنما قلنا: إنه يحرم وإن اختلط بما لم يستهلك فيه لأن الغلبة للبن، ولأن الغذاء يحصل به، فأما إذا استهلك فيما خالطه من ماء أو مائع أو دواء أو طعام، فعند ابن القاسم أن التحريم لا يقع به وهو قول أبي حنيفة[1]، وعند ابن حبيب وذكره عن جماعة من أصحابنا أنه يحرم وهو قول الشافعي[2].

فوجه قول ابن القاسم أن استهلاكه يبطل حكمه بدليل أن الحالف لا يشرب لبنًا لا يحنث لشربه، ولأن تعليق التحريم باللبن كتعليق وجوب الحد بشرب الخمر ثم قد ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكت في الماء بأنه لا يتعلق بشربه حد فكذلك اللبن.

ووجه قول ابن حبيب أن اختلاط اللبن بغيره لا ينفي حكمه كما لو لم يستهلك فيه، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله.

فصل

وإنما قلنا: إنه يحرم على المرضعة التزوج بمن أرضعته وعلى من له اللبن أن يتزوج الأنثى التي أرضعت من لبنه لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ [النساء:٢٣]، وقوله تعالى: ﴿وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء:٢٣]، وقوله ﷺ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة»[3]، فإذا أرضعت المرأة صبيًا حرمت هي عليه وكل من ولدته قبل الذي ارتضع من لبنها أو بعده لأنهن أخواته، وتحرم عليه أخت المرضعة لأنها خالته، وأخت الزوج الذي له اللبن لأنها عمته، وبناته لأنهن إخوانه من أبيه، وقس على هذا كل ما يرد عليك من التحريم على ما يحرم من النسب، ولا يحرم على أخي المرتضع بنات المرضعة لأنهن لسن بأخوات له، وإنما هن أخوات أخيه.

فصل

ولبن الفحل يحرم ويتصور مع افتراق الأمّين: كرجل له امرأتان ترضع إحداهما صبيًا والأخرى صبية فيحرم أحدهما على الآخر لأنهما أخوان للأب ومن الناس من ذهب إلى

(١) الهداية للمرغيناني (٢/ ٢٤٥). الاختيار للموصلي (٣/ ٦٤).
(٢) المهذب للشيرازي (٢/ ١٥٧). الأم للشافعي (٥/ ٢٥).
(٣) تقدم تخريجه.

أن لبن الفحل لا يحرم[١]، ودليلنا قوله ﷺ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة»[٢]، وحديث عائشة رضى الله عنها لما أبت أن تأذن لعمها من الرضاعة وقالت: إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل، فقال ﷺ: «إنه عمك فليلج عليك»[٣]، ولأنهما يشتركان فى اللبن، ولأنه أحد الأبوين فلم يعتبر اجتماعهما فيه، ولأنه تحريم يثبت بالنسب فثبت بالرضاع كتحريم الأمومة.

فصل

وتسافر المرضعة مع من أرضعته لأنه ذو محرم لها كالابن من الولادة.

فصل

وإذا أرضعت المرأة صبيًا بعد أن طلقت وتزوجت فوطئها الزوج الثانى واللبن متصل غير منقطع كان ابنًا للزوجين لأن اللبن لهما، فإن انقطع اللبن الأول ثم حدث لبن ثان كانت الحرمة للثانى دون الأول لانفراده باللبن، والله أعلم.

[آخر كتاب النكاح والحمد لله كثيراً][٤]

* * *

[تم الجزء الأول ويليه الجزء الثانى وأوله كتاب البيوع]

* * *

---

(١) قال ابن قدامة: (ورخص فى لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان ابن يسار وعطاء بن يسار والنخعى وأبو قلابة وروى ذلك عن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسمية لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل) المغنى (٧/ ٤٧٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخارى: النكاح (٩/ ٢٤٩) ح (٥٢٣٩) ومسلم: الرضاع (٢/ ١٠٧٠) ح (٧/ ١٤٤٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).



المعونة

على مذهب عالم المدينة

أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة

تصنيف

القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي
المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

تحقيق

محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي

الجزء الثاني

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١)٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar al-Kotob al-Ilmiyah - Publishing House
P.o.box : 11-9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-0015-7

EAN 9782745100153

No 00016

9 782745 100153

بسم الله الرحمن الرحيم

١٤
كتاب البيوع [١]

الربا[٢] فى المبيعات يكون من وجهين وهما التفاضل[٣] والنساء[٤].

فأما التفاضل فالذى ورد النص به وانعقد الإجماع عليه: هو فى الجنس الواحد من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح والأصل فيه قوله ﷺ: «الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما»[٥]، وقوله: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين»، وقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض»[٦]، وقال ابن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا ﷺ إلينا وعهدنا إليكم[٧]، وما روى عن ابن عباس فى ذلك فقد ثبت رجوعه عنه[٨].

---

(١) البيع فى اللغة: مصدر بعت، يقال: باع يبيع بمعنى ملك وبمعنى اشترى، وكذلك شرى يكون للمعنيين وحكى الزجاج وغيره: باع وأباع بمعنى واحد وقال غير واحد من الفقهاء: واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء. المطلع (ص/٢٢٧).

وفى الاصطلاح: (هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة) شرح حدود ابن عرفة (١/٣٢٦).

(٢) هو الزيادة والنماء. القاموس المحيط (٤/ ٣٣٢).

(٣) أى: الزيادة وهى ضد النقص. القاموس المحيط (٤/ ٣٣١).

(٤) التأجيل أى: التاخير. القاموس المحيط (١/ ٣٠).

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/١٢١٢) ح (٨٥/١٥٨٨) والنسائى: البيوع (٧/ ٢٤٤) (باب بيع الدينار بالدينار)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٦٠) ح (٢٢٦١).

(٦) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/١٢٠٩) ح (٧٨/ ١٥٨٥)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٣٣) ح (٣٢).

(٧) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٤٤) ح (٢١٧٧) ومسلم: المساقاة (٣/١٢٠٨) ح (٧٥/ ١٥٨٤).

(٨) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٣٣) ح (٣١)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٥٩) ح (١٠٤٩٢).

فصل

وموضوع كل جنس من ذلك لا يجوز بيعه بشيء من جنسه إلا مثلاً بمثل خلافًا لمن أجاز أن يستفضل بينهما قيمة الصياغة[١] للظواهر التى ذكرناها وروى فى هذا: أن صائغًا سأل ابن عمر فقال: أصوغ الذهب ثم أبيعه بأكثر من وزنه واستفضل فيه قدر عمل يدى، فنهاه ابن عمر عن ذلك، وقال: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا عهد نبينا ﷺ إلينا وعهدنا إليكم[٢]، ونحو هذا ما جرى بين أبى الدرداء ومعاوية فى سقاية الذهب أو الورق[٣]، وكتاب عمر رضى الله عنه إلى معاوية رحمه الله: لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزنًا بوزن[٤]، ولأنه ذهب بذهب فأشبه المضروب والمصوغ بالمصوغ.

فصل

وأما الأربعة المسميات فالأصل فيه حديث عبادة وغيره أنه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينًا بعين يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[٥]، [ولا خلاف[٦] فى تحريم التفاضل فى الجنس من هذه المسميات][٧]، وفى طريق آخر: «البر بالبر مدًا بمد والشعير بالشعير مدًا بمد والملح بالملح مدًا بمد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[٨]، ولا خلاف فى تحريم التفاضل فى الجنس من هذه المسميات[٩].

---

(١) أجازه بعض الحنابلة. انظر المغنى (٤/١٢٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٣٤) ح (٣٣)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٦٠) ح (١٠٤٩٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٠) ح (٨٠/ ١٥٨٧) وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٥) ح (٣٣٤٩) والترمذى: البيوع (٣/ ٥٣٢) ح (١٢٤٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٤١) (باب بيع الشعير بالشعير). وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٥٧) ح (٢٢٥٤).

(٦) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٢)، المغنى لابن قدامة (٤/ ١٢٤).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٥) ح (٣٣٤٩)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٤١) (باب الشعير بالشعير).

(٩) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٢)، المغنى لابن قدامة (٤/ ١٢٤).

فصل

التحريم متعلق بمعانى هذه المسميات دون أسمائها خلافًا لداود ونفاة القياس فى قصرهم ذلك عليها دون تعديه إلى الفروع، فيتصور الخلاف معهم فى الأرز والذرة والدخن والزبيب وغير ذلك مما لم يتناوله النص باسمه: فعندنا فيه الربا وعندهم لا ربا فيه، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، والربا الزيادة فى اللغة، ونهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل[١] فعم، وقوله: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[٢]، فدل أن اتفاقهما مانع من التفاضل، وفى حديث عبادة أنه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب...» إلى أن قال: «حتى الملح بالملح»[٣]، فجعل غاية لما ابتدأ به وهو الذهب والفضة والبر، فدل على أن ما بينهما فى حكمها، ولأن ذلك مبنى على صحة القياس وثبوت التعليل.

فصل

إذا ثبت أن هذه المسميات معللة وأن التحريم يتعلق بمعانيها، فالعلَّة فيها عندنا: أنها مأكولة مدخرة للعيش غالبًا هذا حصر أوصاف العلة، ومن أصحابنا من يعبر عنها بالقوت وما يصلحه والمعنى واحد، وقال أبو حنيفة: العلة الكيل والوزن مع الجنس[٤]، وقال الشافعى: العلة كونه مطعومًا جنسًا[٥].

فدليلنا: أنه قد ثبت أن نصه ﷺ على البر وما ذكر معه ليفيد به معنى لا يعلم مع عدمه ولا مع نصه على غيره، فلو أراد مجرد الأكل على ما يقوله الشافعى لاكتفى بالنص على واحد منها، إذ الأكل متساو فى جميعها وليس يختلف عنده، فكان يذكر أصنافه لينبه على صنف بما ينص عليه منه، وكذلك لو أراد الكيل بمجرده لكان يكتفى أن ينص على واحد منها إذ الكيل متساو فى جميعها، وعلى قولنا: لا يعرى نصه على

---

(١) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٤) ح (٩٣/ ١٥٩٢)، وأحمد: المسند (٦/ ٤٢٩) ح (٢٧٣١٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الموصلى: (وعلته عندنا الكيل أو الوزن مع الجنس) الاختيار (٢/ ٣٦)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٧).

(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٨٣).

كل واحد منها من فائدة فنصه على البر لينبه به علـى كل مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان بتناوله، ونصه على الشعير ليبين مشاركته للبر فى ذلك، وإن انفرد بصفة بكونه علفًا وإنه يكون قوتًا حال الاضطرار فنبه على الذرة والدخن وغيرهما، ونصه على التمر لينبه بـه على كل حلاوة مدخـرة غالبًا لأصل المعـاش كالعسل والزبيب والـسكر وما فى معـناه، ونصه على الملح تنبـيهًا علـى أن ما يصلح المقـتات من المأكـولات فى حكمهـا كالأبازير[1] وما فى معناها فبان صحة ما اخترناه، لأن تنبيهه ﷺ على العلل من أقوى ما يستدل به عليها، ولأنه قال: «حتـى الملح» فجعله غاية بينه وبين ما نص عليه، وإنما هو غاية لأدناه وليس يـضاف بالدناءة إلى الأقوات فـقط، ولأن الطعم مراعى عندنا [وغـير مراعى عندهم، وقد قال النبى ﷺ: «الطعـام بالطعام مثلاً بمثل»[2] فوجب اعتبار الطعام ولأن التفاضل يحرم][3] عندنا فى قليل المنصوص عليه وكثيـره وعندهم لا يحرم إلا فيما يتأتى كيله فيجوز عندهم الكف من الحنطة بالكفين والعموم يمنعه، وربما سلك فى ذلك طريق القيـاس فقـيل: لأن كل جنس حرم التفـاضل فى كثـيره حرم فى قليـله كالذهب والفضة، ولأن علتهم فاسدة لأنهـا ترفع الأصل الذى انتزعت منه وهو عموم الخبر فى معنى التفاضل، والعلة إذا عادت لمخالـفة أصلها وجب فسادها، ولأن الشىء الواحد إذا كان علمًا على حكم لـم يجز أن يكون علمًا على ضده والكيل علم علـى التحليل فلم يكن علة للتحـريم، ولأن علتنا أرجح لأن الربا إنما حرم حـراسة للأموال وحـفظًا لها، فكان فى أغلى المكيلات كما كان فى أغلى الموزونات وهو الذهب والفضة.

فصل

فأما علة الذهب والفـضة فكونهما أصول الأثمان وقـيم المتلفات، وهذه العلة عندنا مقصورة والتعليل بها سائغ، لأن قصد التـعدى فى العلة ليس فيه أكثر من تعذر القياس وذلك لأن يخرجهـا عن أن تكون علة كما لو نص على كونهـا علة وعلى منع القياس، ولأن قصرها لا يفيد منع الحـمل للفرع عليها، وذلك مستفاد بالتـعليل كالتعدى، ولأنه ﷺ لما نص على الذهب والفـضة ولم ينص على ما سـواهما دل على أنهمـا مختـصان بذلك، لأنه ليس مشارك لهـما فى وضعهمـا الأخص، ونفرض الكلام فى أن الرصاص

(١) قال الفيروزآبادى: (جمع بزر وهو كل حب يبذر للبنات)، القاموس المحيط (١/ ٣٧١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

والنحاس لا ربا فيه فنقول: كل جنس جاز التفاضل بين مـهمله ومعموله، فلا ربا فيه، أصله التراب والقصب.

فصل

إذا ثبت أن العلة فى المسميات الأربعـة ما ذكرناه، فكل ما شاركها فى علتـها مشارك لها فى حكمهـا كالأرز والذرة والدخن والقطنية[١] واللحوم والألبان والخلول[٢] الأباير وسائر الفواكـه المدخرة للقوت والتمـر والزبيب والزيتون وسائر ما فى مـعناها، وكذلك العسل والسكر، ولا ربا فى تفاح ولا فى بطيخ ولا خيار ولا قثاء ولا ما لا يدخر.

فصل

والتفـاضل يحرم فى الجنس دون الجنسين لقـوله ﷺ: «البر بالبر والشـعير بالشعـير والتمر بالتمر والملح بالملح»[٣]، فقصر التحريم على الجنس بجنسه. وقال: «فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[٤]. وهذا نص.

فصل

والحنطة والشعير والسلت[٥] فى حكم الواحـد لا يجوز التـفاضل فى بيع بـعضـها ببعض خلافًا لأبـى حنيفة[٦] والشافـعى فى قولهمـا: إنها أجناس[٧]، لقوله: «الـطعام بالطعام مثلاً بمثل»[٨]، ولأنها مـتقاربـة فى المنْبت والمحصد وأن أحـدها لا يكاد ينفك، فكان كالعلس[٩] مع الحنطة.

---

(١) هى كل ما له غلاف من الحبوب، حاشية الدسوقى (٣/ ٤٨).

(٢) نوع من أنواع الزيوت، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٤٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) السلت بالضم الشعير أو ضرب منه أو الحامض منه، القاموس المحيط (١/ ١٥٠).

(٦) الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٩)، الاختيار للموصلى (٢/ ٣٧).

(٧) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١١١)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٥٤).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) العلس قريب من خـلقة البر طعـام أهل صنعاء اليمن، الشـرح الكبيـر مع حاشيـة الدسوقى (٣/ ٤٨).

فصل

وكل ما تجمع أنواعه فى الزكاة فإنه صنف واحد فى البيوع، فالتمر وألوانه صنف، وكذلك الزبيب وأنواعه، والقشمش وأنواعه، وقد بينا الاختلاف فى القطنية فى الزكاة، وأما الأرز والدخن والذرة فكل واحد صنف على حدته.

فصل

اللحم فيه الربا لأنه مقتات، واللحوم على ثلاثة أنواع فلحوم الأنعام و الوحش صنف، ولحوم الطير صنف وحشيه وإنسيّه، ولحوم دواب الماء صنف، وقال بعض أصحابنا: والجراد صنف رابع، وقال أبو حنيفة: هى أجناس مختلفة باختلاف الحيوان(١) وقال الشافعى فى بعض أقاويله: إنها صنف واحد(٢)، فالخلاف مع أبى حنيفة فى بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً فمنعناه وجوزه(٣).

ودليلنا قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»(٤)، ولأنه لحم حيوان من بهيمة الأنعام، فلم يجز بيعه بلحم شيء من الحيوان المشارك له فى هذا الوصف متفاضلاً، أصله إذا كان من نوعه لحم الغنم بلحم الغنم متفاضلاً، ولأن الأغراض متقاربة فيهما وتؤكل على حد متقارب غير متباين.

فصل

والخلاف مع الشافعى فى جواز لحم البقر بلحم الطير والسمك متفاضلاً فجوزناه ومنعه(٥)، ودليلنا قوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»(٦)، والجنسية هاهنا المراد بها الأغراض والمنافع وقد ثبت أن لحم السمك ليس من جنس لحم الإبل، لأنهما لا يتفقان فى منفعة ولا فى غرض ولا يؤكل كل واحد منهما على الوجه الذى يؤكل

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٨٩).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٣٩٤)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٥٥).

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى (٥/ ١٨٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٥٩).

(٦) تقدم تخريجه.

عليه الآخر، ولأن السمك طعـام لا يحتاج إلى ذكاة، فجاز بيعه بلحم الطيـر متفاضلاً، أصله اللبن.

فصل

والشحم والكبد والفؤاد والطحال والحلقوم والخصى وما جرى مجرى ذلك له حكم اللحم فـلا يجوز بيع شـيء منه بلحم متـفاضـل خلافًا لمن أجـازه فى بعض ذلك وفى جميعه[1] لأنه نوع مأكول من جـسد الشاة كاللحم، ولأن جـميع جسد الشـاة قد أجرى مجرى واحـدًا ولم يخرجه اختلاف أسـمائه وأحواله من كونه لحمًا لاتـفاقهم على منع التفاضل بين الكرش والكبد واللحم، فكذلك الشحم وغيره.

فصل

والماء لا ربا فيه على ظاهر المذهب، وروى ابن نافع عن مالك: منع بيعه الطعام إلى أجل، قال أصحابنا: يجيء على هذا أن يحرم بيعه قـبل قبضه، وإنما يحرم التفاضل فى جنسه، فوجه نـفى الربا عنه أن التفاضل إنما يحرم حراسة للأمـوال وحفظًا لها، فلذلك قضى على ما تمس الحاجة إليه من المأكولات دون غيره والماء أصله مباح غير متشاح فيه، فكان منافيًا لموضـوع المقصود بالربا، ووجه إثبـاته أنه فى معنى القوت لأن الحـاجة إليه أمس منها إلى الخـبز إذ غير الخبـز يقوم مقامه والماء لا يقـوم غيره مقـامه، فكان تحريم التفاضل فيه أولى.

(١) قال ابن قـدامة (ظاهر المذهب إباحـة البيع فيـهما مـتماثلاً ومـتفاضـلاً وهو قول أبى حنيـفة والشافعى)، المغنى (١٤٣/٤).

باب

بيع المزابنة[١] ممنوع لنهيه ﷺ عن بيع المزابنة[٢]، وحصر هذا الباب: بيع معلوم بمجهول من جنسه أو مجهول بمجهول من جنسه، فمن المعلوم بالمجهول من جنسه بيع التمر بالرطب والزبيب بالعنب واللحم بالحى المأكول من جنسه لا يصلح إلا للحم كالمعلوف والكسير والمشوى بالطرى النيىء، والمالح والقديد بالطرى من الحيتان وغيرها، الجنس بجنسه والحنطة المبلولة باليابسة وبالمبلولة إلا أن يكون البلل واحدًا، ومنع بيع الدقيق بالعجين والحنطة بالعجين، ولا بأس الدقيق بالدقيق والرطب بالرطب متماثلاً عند مالك ومنعه عبد الملك وكذلك التمر العتيق بالحديث، واختلف فى الحنطة بالدقيق ولا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالخبز متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك العجين بالخبز، ولا بأس باللحم النيىء بالمطبوخ متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك التمر والرطب بخلهما ولا بأس: اللبن باللبن حال رطوبتهما.

فصل

وإنما منعنا بيع الرطب بالتمر خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله ﷺ وسئل عن ذلك فقال: «أينقص الرطب إذا يبس» قالوا: نعم، قال: «فلا إذًا»[٤]، وروى: «فنهى عنه»، وروى: «لا تبايعوا الرطب بالرطب»[٥]، وروى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ: «نهى عن المزابنة»[٦]، والمزابنة بيع الرطب بالتمر، ولأنه جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم

(١) المزابنة بيع معلوم بمجهول أو مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما، شرح حدود ابن عرفة (٣٤٧/١).

(٢) أخرجه البخارى: الشرب والمساقاة (٥/ ٦٠) ح (٢٣٨١)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٧٤) ح (١٥٣٦/٨١).

(٣) الاختيار للموصلى (٣/ ٣٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨٨).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٨) ح (٣٣٥٩)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥١٩) ح (١٢٢٥) وقال: حسن صحيح. والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٦) (باب اشتراء التمر بالرطب).

(٥) لم أجده بهذا اللفظ،والمشهور بلفظ (الرطب بالتمر) وبلفظ (التمر بالتمر)، وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٣٠ ـ ٣٣)، نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٤٠ ـ ٤٤).

(٦) تقدم تخريجه.

فلم يجز، أصله بيع الشيرج بالسمسم والزيتون بالزيت، ولأن المماثلة شرط فى هذا الموضع وهى معدومة لأن التمر والرطب غير متناه، وذلك يمنع التماثل وإذا ثبت المنع من ذلك فكل ما ذكرنا من بابه، فحكمه فى المنع مثله من الحى بالميت والمشوى بالطرى والمبلول باليابس وسائر ما فى بابه.

فصل

وأما الرطب بالرطب فإنما أجزناه خلافًا للشافعى[1] وعبد الملك لقوله ﷺ: «لا تبايعوا التمر بالتمر حتى يبدو صلاحها»[2] وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، ولأنها ثمرة بيعت بجنسها وهما على حال يتساويان فيها، فجاز فى ذلك، أصله التمر بالتمر، ولأن كل جنس جاز بيع بعضه ببعض حال جفافها جاز حال رطوبتها كاللبن باللبن.

فصل

فأما الحنطة بالدقيق، فاختلف أصحابنا فى تخريجه على المذهب: فمنهم من يقول: إن المسألة على روايتين، ومنهم من يقول: ليس بخلاف قول، وإنما هو اختلاف حالين، فإن كان كيلاً بكيل فلا يجوز وإن كان وزنًا بوزن جاز[3]، فوجه الجواز أنه ليس فى طحن الحنطة أكثر من تفريق أجزائها، وذلك لا يمنع الكيل ولا ينافى المماثلة، ووجه المنع أن المماثلة ممتنعة فيها لأنه إن كان كيلاً بكيل أدى إلى التفاضل لأن الحب إذا طحن تفرقت أجزاؤه ولم تجتمع بعد ذلك اجتماع الحب بخلقته فى الأصل فيجىء من صاع بر أكثر من صاع الدقيق، وإن كان وزنًا بوزن امتنع لأن طريق التماثل فى ذلك الكيل فلا يجوز غيره.

فصل

وإنما أجزنا بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً خلافًا للشافعى[4] لأن التساوى فيه موجود فى الحال كالحنطة بالحنطة.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٣٨٩)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٥٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) المدونة الكبرى (٣/ ١٧٧).

(٤) قال الماوردى: (فإذا بيع الدقيق بالدقيق فعند الشافعى أنه لا يجوز)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١١٠).

فصل

فأمـا تجويزنا التفاضـل بين الحنطة والدقيق بخبـزهما وسويقـهما خلافًا للشـافعى[١] فالنكته فيه وفى جواز اللحم النيئ بالمطبوخ متـفاضلاً والرطب والتمر بخلهما واحدة فى جمـيع هذا الباب وهـى: أن الصنعة تغـير مـا تدخله من الجنس حتى تجـعله فى حكم الجنس المفرد لأنه لا يصلح لما كـان يصلح له أولاً، وتختلف الأغراض فـيه إذ لا يقول أحد أن منفعة التـمر تقارب منفعة الخل، وكذلك الحنطة والسـويق والخبز والدقيق لأن تأثير النار فى الطـبخ والخبز من تبايـن المنافع وتغييـر الصنعة ما ينفى التـقارب ويوجب التفاوت والتباين، وإذا ثبت ذلك جاز التفاضل فيه بمثل ما له جاز فى الجنسين المتباينين، وأما جواز بيع التين بالتين رطبين متمـاثلين فللتساوى فى المنافع والحال، فقد سلما من الربا والمزابنة.

فصل

ومـا ذكـرنا من أن بيع رطب من ثمـره بيـابـس مزابـنة، فـإنما ذلك فى الجنس لأن التفاضل فى الجنسين غير ممنوع، فيجوز بيع التمر بالعنب والرطب بالزبيب وجميع ما فى هذا المعنى، وهذا فيما يحرم التفاضل فى جنسه إذا بيع بـعضه ببعض، فأما ما لا ربا فيه كالخـوخ والمشمش وغيـرهما فيـجوز بيع الرطب باليـابس إذا تحقق التفـاضل ويمنع مع الاحتمال والشك ليخرج عن المخاطرة.

فصل

وأما بيع المجهول بالمجهول من جنسه مما لا يجوز التـفاضل فيه فغير جائز، وهو من باب المزابنة وذلك كالصـبرة بالصبـرة وثمرة نخلة بثمـرة نخلة أخرى، لأن عدم التـماثل يقوم فى المنع مـقام تحقق التـفاضل لأن التمـاثل إذا لم يوجد فشـرط جواز البيع غـير حاصل.

فصل

يجوز قسمة اللحم على التحـرى وكذلك بيعه، ومن أصحابنا من يطلق ذلك ومنهم من يشترط فـيه تعذر الموازين، وكذلك البـيض بالبيض والخبز بالخـبز والرطب بالرطب

(١) روضة الطالبين (٣/٣٨٩)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/١٠٨).

واليابس باليابس، وعند أبي حنيفة[١] والشافعي أن ذلك غير جائز[٢].

وإنما قلنا ذلك للعمل المستفيض من الصحابة في الأسفار أنهم كانوا يقتسمون اللحوم على التحري والقسمة بيع كل واحد من المقتسمين حظه بحظ صاحبه، ولأن الحذر في الشرع قد جعل طريقًا إلى جواز البيع فيما شرط فيه الكيل والوزن، وسببًا لمعرفة المقدار فيما يعرفان به عند تعذرهما، ألا ترى أنا نجيز ذلك في الزكاة والعرايا، فجاز أن يكون التحري في مسألتنا طريقًا إلى معرفة التماثل للضرورة، ووجهها أن الموازين في الأسفار قد تعدم وتتعذر فلو قلنا: إنهم لا يقتسمون اللحم في الأسفار إلا بميزان لشق ذلك، وأدى إلى ضياعه وفوات الانتفاع به، فجاز لهذه الضرورة قسمه وبيعه.

فصل

لا يجوز بيع طعام بطعام إلا نقدًا ولا يجوز فيه تأخير بوجه كان من جنسه أو من غير جنسه كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بيع متفاضلاً أو متماثلاً، ومن شرطه التقابض في المجلس، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يفترقا من غير قبض إلا أن يكون المبيع جزءًا مشاعًا[٣]، ودليلنا قوله ﷺ: «إنما الربا في النسيئة»[٤]، وقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا التمر بالتمر ولا الشعير بالشعير...» إلى أن قال: «إلا سواء بسواء عينًا بعين يدًا بيد»[٥]، ولأن كل شيئين لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر مع جواز السلم فيه فلا يجوز بيعه به إلا يدًا بيد، أصله الذهب والفضة أو الذهب في الحلي، ولأنه بيع عين بعين يفسده دخول الأجل، فكان التقابض شرطًا فيه، أصله إذا باع جزءًا مشاعًا من صبرة.

---

(١) الاختيار للموصلي (٢/٣٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٩٠).

(٢) روضة الطالبين (٣/٣٩٦)، الحاوي الكبير للماوردي (٥/ ١١٠).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (٣/ ٧٠).

(٤) أخرجه البخاري: البيوع (٤/ ٤٤٥) ح (٢١٧٨، ٢١٧٩)، ومسلم: المساقاة (٣/١٢١٨) ح (١٠٢/١/١٥٩٦).

(٥) تقدم تخريجه.

باب

المبيعات على ضربين: طعام وغير طعام، فالطعام يباع على وجهين: أحدهما على وجه يلزم فيه حق التوفية، وذلك بأن يكون على كيل أو وزن أو عدد، والآخر جزافًا مصبرًا، فالقسم الأول لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان معينًا أو فى الذمة، والأصل نهيه ﷺ بقوله: «من ابتاع طعامًا فليس يجوز له أن يبيعه قبل قبضه»(١)، وروى: «قبل أن يستوفيه»(٢)، وإذا ثبت ذلك، فكل أنواع الطعام داخلة فى المنع من الإدام والقوت والفواكه مما يدخر وما لا يدخر ما فيه الربا وما لا ربا فيه وكذلك الأشربة، وذكر ابن وهب عن مالك أن ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه أخفض رتبة من المقتات بدليل إباحة التفاضل فيه وسقوط الزكاة منه، والأول أصح للعموم، ولأن النهى لأجل العينة وأن يعلم أن الشراء لم يكن لها وهذا يستوى فيه المقتات وغيره [ولأن انخفاض حرمته عن المقتات فى حكم من الأحكام لا يقتضى انخفاضها عنه فى سائرها ألا ترى أنه لا يجوز بيع بعضه إلى أجل من حيث كان طعامًا](٣)، والأدوية والبذور التى تبذر للزرع لا تدخل فى هذا لأنها ليست بطعام، وإنما تتناول للحاجة وليس اسم الطعام لكل ما يتطعم لأنه لو كان كذلك لكان الجص والسم طعامًا لأن له طعمًا ولكنه اسم لما جرت العادة بأكله على وجه يؤكل عليه الطعام فى العادة من الاقتيات أو الائتدام أو التفكه أو التحلى وليس التداوى من هذا، فلم يدخل فيه.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فكل طعام ملك بعقد معاوضة مشارك لما ملك بشراء فى منع بيعه قبل قبضه: من ذلك ما يملك أجرة فى إجارة أو قضاء دين أو مهر أو خلع أو صلح عن دم عمد أو مثلاً لمتلف أو أرش جناية فى مال [مضمون](٤) كان أو معينًا، وكل ما

---

(١) أخرجه البخارى : البيوع (٤/٤٠٩) ح (٢١٣٥) ، ومسلم : البيوع (٣/ ١١٦٠) ح (١٥٢٥/٣٠).

(٢) أخرجه البخارى : البيوع (٤/٤٠٩) ح (٢١٣٦) ، ومسلم : البيوع (٣/ ١١٦٠) ح (١٥٢٦/٣٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ثبت فى (ب) (إن كان مضمونًا).

يملك بغير معاوضة، فجائز لمن ملكه بيعه قبل قبضه كالميراث والهبة والصدقة وغير ذلك والمقترض يجوز لمقرضه ولمقترضه بيعه قبل قبضه لأنه ليس بمبتاع ولا فى معنى المبتاع.

فصل

لمبتاع الطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه أن يهبه ويقرضه ويتصدق به أو يخرجه عن ملكه على غير وجه المبايعة قبل قبضه، ولكن لا يجوز لمن صار إليه ذلك ببعض هذه الوجوه أن يبيعه قبل أن يقبضه، لأنه قائم مقام البائع وعقد هذا الباب: إن كل طعام ابتيع فلم يقبض فلا يجوز أن يقع عليه عقدة بيع حتى يقبض سواء كان ذلك من مبتاعه أو ممن صار إليه عن مبتاعه.

فصل

إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلومًا، ففيه روايتان: إحداهما أن له بيعه قبل أن يجزه، والأخرى أنه ليس له ذلك، فوجه الجواز أنه لم يبع ما استثناه، وإنما أبقاه على ملكه، ووجه المنع أنه صار شريكًا للمشترى بمقداره من الكيل والأول أصح.

فصل

إذا ثبت منع بيع الطعام للمشترى بكيل أو وزن أو عدد قبل استيفائه، فيجوز منه الإقالة[١] والتولية[٢] والشركة[٣] قبل القبض، وإن كانت بيوعًا لما روى: أنه ﷺ: «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص فى الإقالة والشركة»[٤] وهذا نص، ولأن المقصود منها لما كان المعروف دون المتاجرة والمغابنة جاز للرفق واستثنى من أصل البيع كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر للرفق، والحوالة من بيع الدين بالدين لأنه لم يقصد فيها ذلك، وهذا إذا وقع العقد الثانى على الوجه الذى وقع عليه العقد الأول بمثل المال لا زيادة فيه ولا نقصان ولا مخالفة فى تعجيل أو تأجيل: فيعلم بذلك أن الفاعل له لم يقصد المتاجرة والربح[٥]، وإنما آثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق

(١) الإقالة: «ترك المبيع لبائعه بثمنه). شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٧٩).

(٢) التولية: (تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه). شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٨١).

(٣) الشركة: (جعل مشتر قدرًا لغيره باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من الثمن). شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٨١).

(٤) الحديث عند البخارى ومسلم من غير «وأرخص فى الإقالة والشركة»، وتقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى بعض النسخ (التربح) وما أثبتناه من (أ).

بمن فعل ذلك معه، ومتى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان أو مرفق بتأخير أو تعجيل على أنهما لم يريدا الوجه الذى له وقعت الرخصة، وإنما أراد الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه فمنعنا منه.

فصل

ثم عدنا إلى أصل التقسيم فقلنا: وأما ما ابتيع من الطعام جزافًا[١] أو مصبرًا فيجوز بيعه قبل نقله إذا خلَّى البائع بينه وبينه خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣] لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، وروى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ: «نهى أن يبيع أحد طعامًا اشتراه بكيل حتى يستوفيه»[٤] فدل أن الجزاف بخلافه، ولأن الجزاف ليس فيه توفية، فإذا وجدت التخلية لم يبق وراءها توفية تطلب، فجاز بيعه كالمكيل إذا قبض، وقد استحب مالك رحمه الله أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف ويحتاط للعقد.

فصل

وما عدا الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوان والعقار وما ينقل ويحول وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن وما لا يكال ولا يوزن كان عينًا معينة أو سلمًا مضمونًا فى الذمة فبيعه قبل قبضه جائز فى الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض فى العقد ما يمنع منه من كونه دينًا بدين أو ذريعة إلى بيع وسلف أو بعض الأشياء الممنوعة، خلافًا لأبى حنيفة فى منعه بيع ما ينقل ويحول[٥]، والشافعى فى منع بيع كل مبيع قبل قبضه من بائعه[٦]، لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله ﷺ: «من ابتاع طعامًا فلا يبيعه حتى يقبضه»[٧]، فدل أن ما عداه بخلافه، ولأنه

---

(١) الجزاف: بيع ما يمكن علم قدره دونه، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٣٤).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٥).

(٣) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٢٧).

(٤) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٦٠) ح (٣٢/ ١٥٢٦) وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٩) ح (٣٤٩٥)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٥٢)، (النهى عن بيع ما اشترى من الطعام بكيل حتى يستوفى).

(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ٧)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٥).

(٦) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٢٠).

(٧) تقدم تخريجه.

إزالة ملك فجاز قبل القبض كالعتق، ولأنه أحد نوعى المبيعات فعدم القبض لا يمنع بيعه، أصله المنافع فى الإجارة، ولأن الشراء نوع يملك به، فجاز أن يباع ما ملك به قبل القبض كالميراث والوصية ومع أبى حنيفة قياسًا على العقار.

فصل

عقود البياعات كلها تقع بالقول وليس القبض شرطًا فى انعقادها ولا فى لزومها، غير أن فى بعضها إن تأخر القبض عن العقد تأخرًا شديدًا أو افترقا قبل بطل العقد، وذلك كالصرف وبيع الطعام بالطعام، فأما سائر العروض التى يجوز بيع بعضها ببيع نقدًا أو نساء، فإن تأخر القبض لا يبطل العقد فإن تلفت نظر، فإن كان فى المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فضمانه من البائع إلا أن يكون كاله أو وزنه للمشترى فتركه المشترى عنده فيكون حينئذ تلفه من المشترى، وأما ما ليس فيه حق توفية مثل البيع بعينة أو الجزاف فتلفه من المشترى قبل القبض وبعده دفع المشترى الثمن أو لم يدفعه، طالبه بالقبض أو لم يطالبه إلا أن يكون البائع حبسه عنده ليقبض الثمن، فيكون حكمه حكم الرهن، أو منعه ابتداء ظلمًا فيكون غاصبًا، فأما مع السلامة من ذلك كله فضمانه إن تلف من المشترى خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى فى قولهما: إن ضمانه من البائع قبل قبض المشترى إياه[2]، وإن العقد ينفسخ بتلفه، لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[3]، فجعل الضمان ممن يكون له الخراج، وقد ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض ليكون للمشترى، فكان ضمانه منه، ولأن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البيع الذى هو الإيجاب والقبول المطلق، فذلك يوجب أن يكون التلف من المشترى كما بعد القبض أو أن لا يستقر إلا بمعنى زائد عليه وهو القبض فالقبض فرع على الملك وتابع له، لأن البائع يجبر على إقباضه للمشترى ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه، وإذا كان البيع لمستقر فالتلف ممن حصل الملك له وامتنع الفسخ عليه، ولأن إعتاق المشترى فى العبد نافذ قبل القبض، وذلك ممتنع فيما لم يكن يستقر كبيع الخيار، ولأنه عوض مستحق بعقد معاوضة، فإذا كان معينًا وتلف قبل القبض لم يتلف من المستحق عليه، أصله المهر.

---

(١) الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٢).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٠١)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٢١).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٢) ح (٣٥٠٨)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٧٢) ح (١٢٨٥)، وقال: حسن صحيح، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٢٣)، (باب الخراج بالضمان)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٥٤) ح (٢٢٤٣)، وأحمد: المسند (٦/ ٥٦) ح (٢٤٢٧٩).

فصل

يجوز بيع الطعام جزافًا فى الغرائر وصبراً على الأرض، وكذلك غيره من العروض المكيلة أو المعدودة التى لا خطر لها، وإنما الغرض مبلغها كالجص والنورة والقطن وغير ذلك، ولا يجوز بيع شىء له بال وخطر تكثر قيمته ويعظم الغرر فيه كالعبيد والحيوان والثياب جزافًا.

وقاعدة هذا الباب: أن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده، وذلك كالحنطة والشعير والثمرة والزبيب والجوز واللوز وسائر الفواكه والبقول، فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافًا لأنه ليس المقصد إلى عين كل واحد من آحاده لأن أحدًا لا يقصد عين كل جوزة وبذنجانة، وإنما القصد جملته ومبلغه، فإذا علم ذلك بالحزر عند مشاهدته جاز بيعه كمّا يجوز بيع الشىء بالخرص فيتعلق به أحكام الكيل والوزن، ولأن القصد المبلغ ليس فى جزافه خطر أو غرر فينسب ترك تحقيقه بالكيل أو الوزن إلى قصده، وأما المقصد [فهو][1] التخفيف والرفق والراحة من التعب ومؤنة الكيل والوزن من المبيع ما يقصر أعيانه وآحاد جماعات كل عين فى نفسها كالعبيد والحيوان والثياب والجواهر، لأن كل واحد من جماعاتها يحتاج إلى اختيار فى نفسه والعلم بسلامته من العيوب وليس الغرض المبلغ دون العين، فما هذه سبيله يعظم الخطر فيه ويكثر به الغرر بالمجازفة فيه فلا يجوز بيعه جزافًا.

فصل

ما علم بائعه كيله أو وزنه فلا يجوز له بيعه إلا بعد أن يعلم المشترى بمبلغه خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لقوله ﷺ: «من غشنا فليس منا»، وهذا غش لأن المبتاع يدخل على أن البائع بمثابته فى الجهل بمقدار المبيع، وروى: أنه ﷺ قال: «من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافًا حتى يبين»[4] وهذا نص، ولأنه باع جزافًا ما يعلم قدر كيله فلم

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٣١٣)، حاشية الجمل (٣/ ٣٤).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم من حديث ابن عمر رضى الله عنهما، أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤١١) ح (٢١٣٧)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦١) ح (٣٤/ ١٥٢٧).

يجز، أصله إذا قال: قد بعتك ملء هذه الغرارة والبائع يعلم ما تسع.

فصل

إذا ثبت منع ذلك فمتى وقع فالمشترى بالخيار لأنه متعدى عليه لأنه إنما رضى بالمجازفة ودخل على أن البائع بمثابته فى الجهل بقدر الكيل، فإذا كتمه ذلك كان [تدليسًا][1] عليه، فثبت له الخيار كالعيب إذا كتمه وإن بين له فقال: أنا أعلم كيلها ولست أعلمك، فإن أردت أن تبتاع على هذا وإلا لم أبعك فرضى المشترى فذلك غير جائز، لأنه رضى بالمخاطرة والغرر وقصد إلى ذلك مع الاستغناء عليه، وذلك مفسد للعقد المبنى عليه.

فصل

إذا أخبره البائع بكيله فصدقه المشترى عليه وقبضه بغير كيل، فإن كان البيع نقدًا جاز، وإن كان إلى أجل فلا يجوز واختلف أصحابنا فى تأويله، فمنهم من يحمله على المنع، ومنهم من يحمله على الكراهية، وإنما قلنا: إنه إذا كان نقدًا جاز لأنه ليس فيه تهمة لأنه لا يخاف منه إن لم يصدقه أن يفوته [غرض][2] ويقع لو صدقه لأدركه ولم يفته، والنسيئة بخلاف ذلك لأنه يجوز أن يكون دون ما أخبره، فإن لم يصدقه لم يرض ببيعه منه نسيئة، وإنما غرض البائع فى إنسائه أن ينتفع بالنقصان الذى يحتسب له به فيكون من أكل المال بالباطل.

فصل

إذا صدقه بالكيل فى النقد ثم ادعى المبتاع نقصانه عما أخبره أو زيادة، فإن كان مما يكون مثله فى اختلاف الكيل ويريد رده فلا يرده به، لأن ذلك معفو عنه فى العرف كالتغيير الذى يكون فى أسفله والتراب الذى يعلم أنهَ لا ينفك منه، فإن كان زائدًا على ذلك خارجًا عما جرى العرف به فله المحاسبة به لأن البائع لم يوفه ما عقد عليه البيع والقدر الفائت لم يوجد له عوض، وذلك إذا صدقه البائع أو كاله بحضرته أو قامت له بينة به قبل أن يغيب عليه، وإن لم يكن له إلا دعواه فلا يقبل ويحلف البائع.

---

(١) ثبت فى (ب) (مدلسًا).

(٢) ثبت فى (ب) أن يفوته منه غرض.

باب

المبيع علـى ثلاثة أضرب: عين حـاضرة، وغائـبة عن العقـد، وسلم فى الذمة غـير معين.

فأما بيع العين الحاضرة المرئية مثل أن يقول: بعتك هذا الثوب أو العبد أو الدابة وهو يراه، فذلك جائز إذا أبصره وخبره ولا خلاف فى هذا النوع.

فصل

وأما الأعيان الغائبة عن العقد فيجـوز بيعها على الصفة أو على ما تقدم رؤيته خلافًا للشافعى فى منعه بيـعها على الصفة[١] لقوله عز وجل: ﴿**وأحل الله البيـع وحرم الربا**﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأنه مبيع مـعلوم لهما مقدور على تـسليمه غالبًا كالمرئى، ولأن مـا تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم.

فصل

ولا يجوز بيعه بغير صفـة ولا رؤية ولا مع شرط خيار الرؤية وذكر فى المدونة جواز ذلك إذا اشترطت فيه خيار الرؤية[٢]، وكان شيخنا أبو بكر وأصحابنا يقولون: إنه خارج عن الأصول، وقال أبـو حنيفة: يجوز بيع مـا لم ير ولم يوصف ويكون للمبتـاع خيار الرؤية بنفس العقد[٣]، ودليلنا على منعه: «نهيه ﷺ عن بيع الغرر»[٤] وهذا منه، ولأنه مجهول واشتراط خيـار الرؤية لا ينفع، كما لا ينفع فى بيع الآبق والشارد، ولأن تأخر معرفة المبيع عن العقد يؤذن ببطلانه كالسلم إذا لم يصفه حال العقد.

---

(١) قال فى الروضـة: (وقال فى الأم والبـويطى: لا يصح وهو اختـيار المزنى)، روضة الـطالبين (٣/ ٣٧٠)، مجموع شرح المهذب (٩/ ٣٠١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٢٥٥).

(٣) الاختيار للموصلى (٢/ ١٨)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٣٦).

(٤) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٣) ح (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٢) ح (٣٣٧٦)، والترمذى: البـيوع (٣/ ٥٢٣) ح (١٢٣٠)، والنسائى: البيـوع (٧/ ٢٣٠) (باب بيع الحصاة)، وابن ماجه التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٤).

فصل

إذا ثبت جواز بيع الغـائب بالصفة، فالذى يحتـاج إليه من ذلك كل صفة مـقصودة تختلف الأغـراض باختـلافها وتتـفاوت الأثمـان لأجلها وتقل الرغـبة فى العيـن وتكثر بحسب وجودها وعدمها ولا يكتفى فى ذلك بذكر الجنس والعين فقط، لأن بيع الملامسة لا يعرى من مشاهدة الـعين ومعرفة الجنس وهو مع ذلك غيـر جائز ولا يضره الإخلال بما لا يؤثر فيها.

فصل

وإن جـاء المبيع على الصـفة المشـترطة لـزم المبتـاع ولم يكن له خيـار الرؤية إلا أن يشتـرطه فى العقد فيـثبت له بالشرط، وإنما قلنا: لا خيـار له لأنه مبيع موصـوف قبض على صفته فلم يكن له خيار الرؤية كالسلم، وإن جـاء على خلافها، فإن كان أعلى فلا خيار له، لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة فمع الزيادة أولى، ولأن الخيار إنما يثبت للنقص لا للزيادة وإن كان أدون فالمبتاع بالخيـار فى الإمضاء والفسخ لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذى دخل عليه كما لو وجد عيبًا.

فصل

إذا تلفت السلعة المبيعـة على الصفة بعد العقد وقبل القبض فـفيها ثلاث روايات[1]: إحداها أن التلف من البائع إلا أن يشترطه على المشترى، والثانية أنه من المشترى إلا أن يشتـرطه على البائع، والثـالثة أن ضمـان الحيوان المأكـول وما ليس بمأمـون على البائع والدور والعقار من المشترى.

فوجه الأولى: أن على البائع توفية المشترى ما اشـتراه، فما لم يوفه لم يستحق عليه العوض والتلف منه، لأن المشترى لم يقبضه ولم تثبت عليه يد.

ووجه الثانية: أن الأصل الـسلامة مع كونه متميـزًا عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية، فكان ضمانه من المشترى وذلك إذا علم أن الصـفقة صادفته حيًا سليمًا ثم تلفت من بعد.

فأمـا وجه تفريقـه بين المأمون وغـير المأمون على ظاهر الـسلامة، فـيجب أن يكون

(١) حكى ابن عبد البر قولين فقط عن مالك، انظر الكافى (٢/٦٧٨).

ضمانه من المشترى اعتبارًا بالحاضر، ولأن النقد لما جاز اشتراطه فى المأمون ولم يجز فى غيره دل على افتراق حكمهما.

فصل

إن تبرع المشترى فى بيع الغائب بنقد الثمن أو بعضه قبل مجىء المبيع جاز، فأما إن اشترط البائع عليه النقد فيجوز فى المأمون لعدم تغيره وأمنه فى الغائب كالعقار والدور ولا يجوز فى الحيوان والمأكول وما لا يؤمن تغيره، والفرق أن المأمون يقل الغرر فيه وغير المأمون يكثر الغرر فيه، فاشتراط النقد فيه غرر، ولأنه يدخله سلف وبيع لأن النقد يتردد بينهما لأن المبيع إن سلم كان نقدًا وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشترى.

فصل

يجوز عندنا بيع الأعدال على البرنامج[1] وهو أن يبيعها على الصفة التى يتضمنها برنامجه من ذكر الجنس والنوع والذرع والعدد والسعر، فإن وافق الصفقة لزم البيع، وإن خالف كان كما ذكرناه وليس للمبتاع إذا وافقت الصفة وقال هى مخالفة أن يرد خلافًا للشافعى فى قوله: لا يجوز[2]، ودليلنا الظاهر وهو قوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأن أكثر ما فيه أنه باع عينًا يتعذر رؤيتها بصفة تحصرها، وقد دللنا على جوار ذلك.

فصل

يجوز بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة إذا كان من وقت الرؤية إلى وقت العقد من المدة ما لا تتغير فى مثله والاعتبار فى ذلك بالعرف فى مثل تلك السلعة مما يعلم أنها تتغير وتحول عن الصفة التى كانت عليها فى مثلها، فإن كان بين الوقتين بقدر ذلك لم يجز البيع إلا برؤية مستأنفة أو صفة.

---

(١) البرنامج بفتح الباء وكسر الميم: أى الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما فى العدل من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصفة، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٢٤).

(٢) انظر روضة الطالبين (٣/ ٣٧٣)، الحاوى الكبير (٥/ ٢٣).

نوع آخر:

وأما السلم[١] فى الذمة فإنه جائز فى كل ما تضبطه الصفة والأصل فى جواز ذلك قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله: ﴿إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم﴾ [البقرة:٢٨٢]، فدل ذلك على أن من التجارات ما لا يكون حاضراً، وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [البقرة:٢٨٢]، قال ابن عباس: ذلك فى السلم[٢]، وروى أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عندك وأرخص فى السلم[٣]، وروى أنه ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمر السنتين والثلاثة فقال: «من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٤]، وهذا نص فى جوازه، ولا خلاف فيه[٥].

فصل

وله ثمانية شروط:

أحدها: أن يكون فى الذمة مطلقًا لا فى عين معينة.

والثانى: أن يكون موصوفًا بما يمكن حصره به من الصفات المقصودة التى تختلف الأغراض والأسواق باختلافها.

والثالث: أن يكون مقدراً بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد أو ذرع أو غير ذلك من

---

(١) السلم بفتحتين السلف وزنًا ومعنى، وذكر الماوردى: أن السلف لغة أهل العراق والسلم لغة أهل الحجاز. وقيل: السلف تقديم رأس المال، والسلم: تسليمه فى المجلس فالسلف أعلم، واصطلاحًا عرّفه ابن عرفة: «عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٩٥).

(٢) قال الطبرى: (وكان ابن عباس يقول: نزلت هذه الآية فى السلم خاصة)، تفسير الطبرى (٣/ ١١٦).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨١) ح (٣٥٠٣)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٥) ح (١٢٣٢)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٥٤) (باب بيع ما ليس عند البائع)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٧) ح (٢١٨٧)، بلفظ «لا تبع ما ليس عندك».

(٤) أخرجه البخارى: السلم (٤/ ٥٠٠) ح (٢٢٣٩) ، ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢٢٦) ح (١٢٧/ ١٦٠٤).

(٥) انظر المغنى لابن قدامة (٤/ ٣١٢).

المقادير التى تعتبر فى ذلك النوع.

والرابع: أن يكون رأس المال معلومًا مقدرًا.

والخامس: أن يكون نقدًا لا مؤجلاً.

والسادس: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً لا يجوز أن يكون حالاً، واختلف فى حد الأجل، فعنه فيه روايتان: إحداهما أجل مطلق أى أجل كان، والآخر أجل يختلف فى مثله الأسواق وتتغير معه الأسعار.

والسابع: أن يكون الأجل [محدودًا بمدة معلومة.

والثامن: أن يكون المسلم فيه][1] موجودًا عند المحل وليس من شرطه أن يكون موجودًا فى حال العقد ولا متصل الوجود فى حال العقد ولا متصل الوجود من وقت العقد إلى وقت المحل، والأولى أن يسمى موضع القبض، فإن أطلق ولم يعين جاز ولزم فى الموضع الذى وقع العقد عليه فى سوق تلك السلعة والموضع الذى جرى عرف أهل ذلك الموضع بقبض ما يسمى فيه بأن يقبضونه فيه.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يجوز أن يكون عينًا لأن الأعيان لا تثبت فى الذمم لأن من حق ما يثبت فى الذمة أن يكون مطلقًا غير معين، ولأن السلم فى العين غرر لا يحتاج إليه لأنه إن أريد ضمانها فى الذمة إلى الأجل المضروب حتى إذا تلفت [لزم][2] المسلم إليه بدلها أو قيمتها، فذلك غير جائز لأن المعين ينفسخ العقد بتلفه ولا يلزم رد مثله، ولأنه إذا كانت العين مما لا يكال ولا يوزن لزم رد قيمتها لا مثلها، فإن إثبات العين فى الذمة إن أُريد به تبقيتها إلى وقت الأجل فذلك غير مقدور عليه لإمكان أن يتلف، وإن أُريد به ضمان مثلها فقد أفسدناه.

فصل

وإنما قلنا: يجب حصره بأكثر مما يمكن من الصفات، وقد دخل فى ذلك الجنس والنوع لأنه مقدم على ما يتبعه من الصفات، لأنه مضمنة به ليكون المسلم فيه معلومًا

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (لزمت) وما أثبتناه من (ب).

ويخرج عن حيز الجهل ولا يكون كذلك إلا بالمشاهدة وبالصفة، والمشاهدة لا تتصور إلا على معنى الصفة بأن يريد عينًا بصفة النوع الذى يسلم فيه، وإذا تعذرت المشاهدة لم يبق إلا الصفة ومتى عرى العقد منهما كان مجهولاً وغررًا، وليس يلزم أن يذكر جميع الصفات حتى لا يخرج منها لشىء لأن ذلك لا يمكن ولا يحتاج إليه، وإنما المحتاج إليه ما يتعلق به الغرض ويقف عليه المقصد ويزداد فى الثمن لأجله ويرغب فى إسلافه لمكانه، فإذا حصل كفى عن زيادة عليه وذلك يختلف فى أنواع المبيعات بما يعرفه أهل كل نوع من وصفه عندهم مما يقصد من صفاته، فإذا ثبت هذا فحصر الباب: أن كل سلعة جاز أن تباع مشاهدة وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين، فإن السلم فيها جائز من سائر العروض والحيوان والأطعمة وغيرها فيستغنى بذلك عن التكثير بأعيان المسائل وتفصيلها إلا مواضع يختلف فيها.

فصل

يجوز السلم فى الرقيق وسائر الحيوان خلافًا لأبى حنيفة[١]، لما روى أنه ﷺ أرخص فى السلم[٢]، وفى حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشًا فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص[٣] الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة[٤]، ولأن الحيوان يثبت فى الذمة إما سلمًا وإما قرضًا لأنه ﷺ استقرض بكرًا ورد رباعيًا[٥]، ولأنهم يوافقونا فى تعلق الحيوان بالذمة مهرًا وخلعًا وكتابة وصلحًا، فنقول: لأن الحيوان يتعلق بالذمة مهرًا، فجاز أن يتعلق بها سلمًا وقرضًا اعتبارًا بالثياب، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يكون الحيوان فيه عوضًا فى الذمة، أصله النكاح ولأن الحيوان يضبط بالصفة، وكذلك قال رسول الله ﷺ: «لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه يراها»[٦]،

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٧٩)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) القلاص جمع قلوص وهى الشابة من الإبل أو الباقية على السير أو أول ما يركب من إناثها إلى أن تثنى ثم هى ناقة، القاموس المحيط (٢/ ٣١٤).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٨) ح (٣٣٥٧)، والدارقطنى: سننه (٣/ ٧٠) ح (٢٦٣)، والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٤٧١) ح (١٠٥٢٩) من حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما.

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢٢٤) ح (١١٨/ ١٦٠٠)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٥) ح (٣٣٤٦)، والترمذى: البيوع (٣/ ٦٠٠) ح (١٣١٨).

(٦) أخرجه الطبرانى فى الكبير (١٠/ ١٤٠) ح (١٠٢٤٧)، وأصله فى الصحيح بغير هذا السياق.

وكذلك دية العمد والخطأ بالصفة، والعبيد يضبطون بالصفة فى الجنس واللون والسن والهيئة.

فصل

السلم فى الدنانير والدراهم جائز خلافًا لأبى حنيفة[١] لقوله ﷺ: «... فليسلم فى كيل معلوم أو وزن معلوم»[٢] فعم، ولأن كل ما جاز أن يكون فى الذمة ثمنًا جاز أن يكون مثمونًا، أصله الثياب، ولأنه يمكن ضبطها بالصفة فيذكر جنس فضتها وسكتها وخفتها وثقلها ووزنها، وكونها صحاحًا وجيادًا فجاز السلم فيها.

فصل

يجوز السلم فى اللحم بصفة معلومة خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لأنه يضبط بالصفة فيقال: لحم ضأن معلوف من كبش أو من خروف أو لحم معز، وإن اختلفت الأغراض فى مواضعه من الشاة من صدر أو فخذ أو جنب ذكر.

فصل

يجوز السلم فى الرءوس والأكارع خلافًا لأبى حنيفة[٤] ولأحد وجهى الشافعى[٥] لأنه يصح ضبطها بالصفة من السمانة والجنس وفروع هذا الباب كثيرة وجملها قد ذكرناها.

فصل

وإنما قلنا: يجب أن يكون مقدرًا بكيل معلوم أو وزن أو عدد أو غيره من المقادير على حسب المسلم فيه وما يعرف به مقداره عند أهله لينتفى عنه الغرر بالجهل ويحصل العلم لكل واحد للبائع بما اشتغلت به ذمته وللمسلم بما يطالب به وما عاوض عليه،

---

(١) الهداية للمرغينانى (٣/ ٧٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الموصلى: (ولأبى حنيفة أن اللحم يتفاوت تفاوتًا فاحشًا بكبر العظم وصغره فعلى هذا لا يجوز أصلاً، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٥)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٧٩).

(٤) الهداية للمرغينانى (٣/ ٧٩)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٥).

(٥) قال النووى: (لا يجوز السلم فى رءوس الحيوان على الأظهر والأكارع كالرءوس قلت: فإذا جوزناه فى الأكارع فمن شرطه أن يقول من الأيدى والأرجل)، روضة الطالبين (٤/ ٢٢)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٢٤١).

وراعينا عادة أهل كل بلد فى معرفة مقادير السلم عندهم لأنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة لأن قصدهم من معرفة المبلغ الوجه الذى ألفوه بينهم.

فصل

وإنما قلنا: يجب أن يكون رأس المال معلومًا بمثل ماله وجب ذلك له فى الطرف الآخر، لأنه أحد الطرفين فى السلم اعتبارًا بسائر البياعات.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون رأس المال نقدًا لأنه متى كان مؤجلاً دخله الدين بالدين، وإنما قلنا: إن قبضه فى مجلس العقد ليس بشرط وأنه يجوز تأخيره اليوم واليومين بغير شرط التأجيل لأن ذلك لا يخرجه إلى الدين بالدين، إذ لابد من استثناء مدة يمكن فيها وزن المال ونقده، وجرى العادة بتراخى الوزن والإقباض عن وقت الإيجاب والقبول، ولأن من ابتاع ثوبًا بنقد فتأخر قبض الثمن يومًا أو يومين لم يخرجه ذلك عن النقد ولم يدخل فى حيز الأجل.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل شرط فى السلم وأنه لا يجوز أن يكون حالاً خلافًا للشافعى[1]، لقوله ﷺ: «فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم»[2]، ولأن السلم إنما جوز ارتفاقًا للمتعاقدين لأن المسلم يقدم الارتخاص والمسلم إليه يرغب فى إرخاص الثمن للرفق الذى له فى استعجال الانتفاع به، وفى الصبر والتأخير، فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابه ممنوع لأنه إذا كان حالاً زال هذا الرفق.

فصل

ووجه قوله: إنه يجوز إلى الأجل القريب والبعيد قوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»[3] فعم، واعتبارًا بالأجل البعيد، ولأنه معنى يشترط فى السلم، فجاز قليله وكثيره، أصله مقدار المسلم فيه، ووجه قوله: إنه لا يجوز إلا إلى أجل تختلف فى مثله الأسواق أن

(١) الحاوى الكبير للماوردى (٥/٣٩٥)، روضة الطالبين (٤/٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

المقصود من السلم الارتفاق من انتفاع البائع بتـقديم المال والمسلم بما يرتخصه ليحصل له من تغيـر الأسواق واختـلافهـا ما يريده، وإذا أضربا أجـلاً لا يوجد فيـه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود فكان فى معنى الحال.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل يكون معلومًا لقوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مـسمى فاكتبوه﴾ [البقرة:٢٨٢]، قال ابن عـباس: هو السلم، وقولـه ﷺ: «إلى أجل معلوم»[١]، ولأن الجهل بمدة السلم غرر كالآجال فى الديون.

فصل

ويجوز السلم إلى الحصاد والجذاذ وقـدوم الحاج خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لأنه وقت يعرف فى العادة لا يتفاوت اختلافـه كقولك إلى شهر كذا وكذا أو إلى النيروز أو المهرجان[٤].

فصل

وإنما قلنا: إن شـرطه أن يوجد المسلم فـيه عند الأجل لأن الغـرض بالسلم حـصول المسلم فيه بإزاء العـوض المبذول فى مقابله، فإذا لم يوجد عند المحـل كان غررًا وعائدًا بالجـهل لأنه إما أن يفـسخ العقـد فيـرجع المسلم بالثمن على غـرر أو يصبـر إلى وقت وجوده، وذلك انتقـال من أجل إلى أجل ويصير كمـن عقد على عين الغـير والبائع لا يقدر على تسليمها، وكل ذلك غير جائز.

فصل

وإنما لم يجعل وجوده عند العـقد شرطًا فى صحة العقد خـلافًا لأبى حنيفة[٥] لقوله

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٨١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٢).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٧).

(٤) النيروز أول يوم من السنة معرب (نوروز) قدم إلى «على» شىء من الحـلاوى فسأل عنه فقالوا: للنيروز، فقال: نيرزو تأكل يوم وفى المهرجان قال مهرجونا، القاموس المحيط (٢/ ١٩٤).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٨٠).

ﷺ: «فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[١] فعم، ولأنه وقت لا يجب التسليم فيه فلم يضر فقده فيه أساسًا بين العقد والأجل.

فصل

وإنما قلنا: إن الأولى أن يذكر الموضع الذى يسلم فيه ليزول التخاصم بين المتبايعين ويكونا قد دخلا على معرفة بذلك، وقلنا: إن تركا ذكره لم يضر لأن الأمر يحمل على العرف فى مثل ذلك فيصير العرف كالمشترط.

فصل

إذا عقد السلم على الشروط التى ذكرناها صح وجازت المسامحة بعد ذلك من أحدهما للآخر ما لم يعد ينقض أصله أو بذريعة إلى فعل محظور من بيع وسلف أو وضع وتعجيل أو معاوضة على إسقاط ضمان [أو بيع طعام قبل قبضه][٢] أو بيع طعام بطعام متأخر أو ما أشبه ذلك من الوجوه الممنوعة، فمتى أدت المسامحة إلى شىء من ذلك لم يجز وإن سلمت منها فهى جائزة ونحن نبين من ذلك ما ينكشف به ما ذكرناه فيه.

فصل

وإذا أسلم فى حنطة موصوفة إلى الأجل، فلما حل أراد أن يأخذ بمكيلتها صنفًا أعلى منها أو أدون أو شعيرًا أو سلتًا فلا بأس بذلك، فإن كان ذلك قبل المحل فلا يجوز، والفرق بين الموضعين أن الأجل إذا لم يحل فأخذ الدون وضع وتعجيل، لأن التقديم غير مستحق له، فإنما رضى بدون شرطه لتعجله وأخذ الزيادة فى مقابلة إسقاط الثمن عند البائع لأنه يخاف إن بقى فى ذمته إلى وقت أجله ارتفاع أسواقه وغلاء ثمنه وتلزمه كلفة إلى ذلك الوقت فى حفظه وتعهده ويعلم أنه لا يلزم المسلم قبوله قبل الأجل، فتكون الزيادة فى مقابلة جميع هذا، وإذا حل الأجل أمن من ذلك كله لأنه إن كان أخذ الدون فذلك مسامحة لأنه ليس بتعجل شيئًا لا يستحقه لأن الأجل قد حل وإن أخذ الأعلى فذلك مسامحة من المسلم إليه، لأنه لا يستحق عليه ببقية السلم فى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

ذمته زيادة على الأجل فيحمل ذلك عليه، فبان الفرق بينهما وإن كان ذلك فى غير الجنس أو النوع امتنع فى الطعام وجاز فى غيره لأنه إذا أسلم إليه فى كر[1] حنطة، فلما حل الأجل أعطاه مكانه عدسًا أو أرزًا أو حمصًا أو غير ذلك من أنواع الطعام أو العروض أو الحيوان لم يجز شىء من ذلك لأنه بيع الطعام قبل قبضه وقصد المتاجرة والمغابنة وخروج عن المعروف والمسامحة.

وأما فى غير الطعام فيجوز كأنه أسلم إليه فى عشرة أثواب قصب بصفة معلومة وغزل معروف، فلما حل الأجل رجع إليه عنها شيئًا من غير جنسها مثل الطعام أو الحيوان، فإنه يجوز لأنه بيع الثياب المسلم فيها قبل قبضها وذلك جائز بخلاف الطعام، وهذا إذا قبض الشىء الذى ينتقل إليه فإن لم يقبضه وكان فى ذمة المسلم إليه لم يجز لأنه يصير دينًا بدين، فأما إن دفع إليه قبل حلول الأجل مثل طعامه فى الكيل والصفة فله أن يقبله وله أن لا يقبله خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يلزمه أن يقبل العروض وكل ما سوى الحيوان[2]، لأن الأجل فى السلم حق لهما، فلما كان المسلم لو طالب به قبل حلول أجله لم يلزم المسلم إليه دفعه لأنه فى ذلك إسقاط حقه من تبقيته فى ذمة المسلم إليه وضمانه وأن يسقط عنه حفظه ومراعاته، فإذا ثبت ذلك وتراضيا على أخذه قبل الأجل جاز لأنه مسامحة من أحدهما للآخر.

فأما الذهب والفضة فيلزم من تدفع إليه قبل محلها أخذها بخلاف غيرها من الطعام والعروض لأنه لا يرجى فيها من تغير الأسواق واختلاف الأسعار ما يرجى فى سائر المثمنات ولا يحتاج إلى حفظ ولا مراعاة ولا تلزم عليها مؤونة ولا يخاف عليه فساد، فكان الأجل فيها حقًا ينفرد به من هى عليه والله أعلم، وهذا الذى ذكرناه فى الذهب والفضة يستوى فيه البيع والقرض، فأما ما عداه فالأجل فى المعاوضة حق لهما لا يلزم أحدهما قبول ما يتعجل منه إلا برضاه، وفى القرض حق المستقرض وحده، فإن عجله لزم المالك قبوله.

---

(١) الكر. بالعلم مكيال للعراق أو هو ستون قفيزًا أو اربعون أردبًا، القاموس المحيط (٢/ ١٢٦).

(٢) قال النووى: (فإن أتى به المسلم إليه قبله فامتنع من قبوله قال جمهور الأصحاب: إن كان له غرض فى الامتناع بأن كان متذهب أو كان حيوانًا يحتاج علفًا أو ثمرة أو لحمًا يريد أكلها عند المحل طريًا أو كان يحتاج إلى مكان له مؤنة كالحنطة وشبهها لم يجد على القبول وإن لم يكن له غرض فى الامتناع فإن كان للمؤدى غرض سوى برآءة الذمة بأن كان به رهن أو كفيل أجبر على القبول على المذهب)، روضة الطالبين (٤/ ٣٠).

فصل

وإذا أسلم فى طعام أو عرض إلى أجل ودفع الثمن فلما حل الأجل أخذ البعض وأقال من الباقى فلا يجوز ذلك لأنه ذريعة إلى البيع والسلف، وذلك أن التهمة تقوى فى أنهما تواطئا على البيع والسلف وسمياه بيعًا ليتطرق بذلك إلى جوازه كأنه قال له بعنى عشرة أكرار بمائة دينار، فقال: لا أفعل إلا أن تسلفنى مائة دينار. [فقال: إن البيع والسلف لا يجوز ولكن يجعل السلم فى عشرين كرًا بمائتى دينار][1]، فإذا حل الأجل أقلتك من عشرة أكرار وأخذت عشرة فينتفع البائع بثمن العشرة ثم يرد بدله فيصير بيعًا وسلفًا، ولا يجوز إلا أن يكون الإقالة فى الشىء اليسير الذى لا يخاف منه ذلك ولا تقوى التهمة لأجله مثل أن يسلفه فى عشرين كرًا فيقيله من كر ونصف كر أو الأمر الخفيف، فهذا لا يقوى التهمة إلا أن يكونا قصدا بيع عشرين كرًا بمائتى دينار لينتفع بدينار أو بخمسة، وكذلك لو أقاله من النصف وكان رأس المال معيبًا فرده بعينه، فيعلم أنه لم ينتفع به بأن ذلك جائز غير ممنوع لأن الإقالة تصرف إلى الرفق وإعواز الإتمام أو غيره من الأعذار.

فصل

فإذا باع شيئًا من الطعام كله أى طعام كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعده طعامًا لا من جنسه ولا من غير جنسه إلا أن يكون من جنس ما باعه بعينه بمثل مكيلته وعلى صفته فيجوز.

وإنما قلنا ذلك لأنه يكون ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام متأخرًا وتسمية الثمن لغوًا، وإذا كان من نوع طعامه فى الكيل والجودة والصفة جاز لأن الأمر لا يحمل على طعام بطعام [متأخرًا][2] قصدًا للنساء إذ لا فائدة فيه فيتهمان أنهما قصدانها، وإنما يُنَزَّل على القرض أو الإقالة.

فصل

السلم فى الطعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط بعينه على ضربين: إن كان مما يخلف

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) سقط من (أ).

ولا يؤمن تلفه فلا يجوز لأن ذلك غرر، وكالسلم فى العين وذلك غير جائز، فإن كان مما لا يخلف فى العادة ولابد أن يسلم أو أكثره، وإن جاز تلف بعضه فلا بأس مثل أن يسلم فى عشرة أكرار تمر برنى من أعمال البصرة فيجوز لأن التعيين ليس يفيد أكثر من التعريف ووصف النوع[1] المسلم فيه، كما لو قال: أسلفتك فى عشرة أكرار حنطة بصفة كذا من حنطة الشام أو المشرق لجاز للعادة الجارية لأن الأقليم الذى أضافه إليه لا يختلف.

فصل

والتفاضل فى المبيعات كلها على ضربين: منها ما يحرم نقدًا أو نساء وهو القوت وما فى معناه والأثمان فقط، ومنه ما يحرم نساء ولا يحرم نقدًا، وعلة ذلك عندنا الجنس بمجرده فلا يجوز فى شىء من الأشياء اثنان بواحد من نوعه إلى أجل على وجه والجنسية المعتبرة فى ذلك: اتفاق الأغراض والمنافع واختلافهما، فمتى اتفقت لم يجز بيع اثنين بواحد من النوع الذى اتفقت فيه إلى أجل على وجه وما اختلفت جاز، وإن كان جنس الخلقة والنسبة يجمعهما كالغنم التى جنسها واحد وبعضها يراد للحم وبعضها يراد للبن، فإن كان الغرض فيهما واحدًا لم يجز التفاضل مع النساء، وكذلك العبيد يجوز العبد الرومى الذى يراد للحرث والزراعة بالعبدين من جنسه يرادان لغير ما يراد له من المنافع ومثله البازل[2] من الإبل الذى يراد للحمولة والراحلة باثنتين من القلاص المرادة للحم، وكذلك سائر الحيوان والعروض.

وقال أبو حنيفة: الجنس بمجرده علة منع بيع بعضه ببعض نساء[3].

وقال الشافعى: كل ما لاربا فى نقده جائز بيع بعضه ببعض نساء جنسًا كان أو جنسين[4].

فالخلاف مع أبى حنيفة فى جواز بيع الواحد من جنسه ونوعه إلى أجل، فدليلنا على جوازه قوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وحديث عبد الله بن عمر

(١) ثبت فى (ب) (العين).

(٢) البازل. البعير إذا طلع نابه وذلك فى تاسع سنيه وليس بعده سن تسمى، القاموس المحيط (٣/ ٣٣٤).

(٣) الاختيار للموصلى (٢/ ٣٦ - ٣٧)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٨).

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٨١).

أنه: «ﷺ أمره أن يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة»[١]، وروى ذلك عن على[٢]، وابن عمر[٣]، ولا مخالف لهما، ولأن كل عينين لا يحرم التفاضل فى نقد أحدهما وهما على ضروب من اختلاف الصفات تختلف معها منافعها وتتباين الأغراض فيهما، فإن أسلم أحدهما فى الأخرى جار، أصله الجنسان لأن الثور الذى يصلح للحرث والدراس يراد لقوته وعمله وذلك غير الغرض الذى يراد له لثور المعلوف الذى لا يراد إلا للسمانة واللحم وذلك بيِّن فيما قلناه.

فصل

ودليلنا على الشافعى قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥] والربا الزيادة، ونهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[٤]، وهذه المسألة من الذرائع وهى ممنوعة عندنا ومعناها أن يمنع الشىء الجائز إذا قويت التهمة فى التطرق به والتذرع إلى الأمر المحظور، وقد وافقونا فى ذلك على مسائل منها قرض الجوارى وغيرها، ووجه الذريعة فى هذا [الموضع][٥] أنه يكون قرضًا يجر نفعًا كأن أحد الرجلين يقول للآخر: أقرضنى فرسًا أو ثوبًا من صفته كذا وأرد عليك ثوبين مثله إلى شهر فيقول: إن هذا قرضًا يجر نفعًا وذلك ممنوع ولكن أبيعك ثوبًا بثوبين فيحصل من ذلك استعمال القرض فى الباطن بلفظ البيع فمتى أجزناه حصل منه ذريعة إلى الممنوع لقوة التهمة فيه.

---

(١) تقدم تخريجه من حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٥٢) ح (٥٩)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٧١) ح (١٠٥٣٠).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٥٢) ح (٦٠)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٧١) ح (١٠٥٣١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٧) ح (٣٣٥٦)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٩) ح(١٢٣٧)، وقال: حسن صحيح، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٥٧)، (باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٦٣) ح (٢٢٧٠).

(٥) ثبت فى (أ) (الممنوع).

باب

القرض[1] جائز لأنه فيه خير وبر ولأنه ﷺ اقترض[2] وندب إلى القرض وقال: «كل معروف صدقة»[3].

فصل

ويجوز إقراض الذهب والورق والعروض والحيوان كله سوى الإماء، وإنما قلنا ذلك لأن القرض لا يؤدى إلى محظور فى هذه الأشياء، فجاز فعله وأجزناه فى سائر الحيوان خلافًا لأبى حنيفة[4] لأنه ﷺ استقرض بكراً فقضى رباعيًا[5]، ومنعناه فى الإماء خلافًا لداود وغيره[6]، لأنه ذريعة استباحة فرج بغير نكاح ولا ملك فكان فى معنى العارية لأن المقترض يطأ الأمة ثم يردها فيلزم المالك قبولها ويصير مبيحًا لوطئها، ولأنها منفعة لا تستباح بالعارية فلم تستبح بالقرض كوطء الزوجات.

فصل

وإذا ثبت ذلك فإن اقترض أمة ردها ما لم يطأها اعتباراً بسائر ما يقترض لأن قبول رده حق للمستقرض فيلزم المقرض قبوله، فإن وطئها لم يجز له ردها لأنه متى ردها حصل منه إباحة فرج بغير نكاح ولا ملك ولزمته قيمتها لربها لأنه وطء بشبهة أسقطت عنه الحد فوجب تقويمها عليه لتتكامل الشبهة فى درء الحد عنه اعتباراً بوطء بينه وبين غيره.

---

(١) القرض لغة القطع سمى المال المدفوع للمقترض قرضًا لأنه قطعه من مال المقرض، وشرعًا عرفه ابن عرفة بقوله: دفع متمول فى عوض غير مخالف له لا عاجلاً، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٢٢٢).

(٢) تقدم تخريجه من حديث أبى رافع: «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً...».

(٣) أخرجه البخارى: الأدب (١٠/ ٤٦٢) ح (٦٠٢١) ومسلم: الزكاة (٢/ ٦٩٧) ح (٥٢/ ١٠٠٥).

(٤) قال صاحب الفتاوى: ولا يجوز فيما ليس من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب والعدديات المتفاوتة، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٠١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر المغنى لابن قدامة (٤/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦).

فصل

القرض الجار للنفع حرام لنهيه ﷺ عنه[١]، فإن تطوع المقترض من غير شرط ولا عادة بزيادة فى صفة أو عدد جاز لأنه ﷺ اقترض بكرًا فقضى رباعيًا وقال: «خياركم أحسنكم قضاء»[٢]، وروى أن ابن عمر اقترض من رجل دراهم فرد عليه خيرًا منها فامتنع من أخذها وقال: هذه خير من دراهمى، قال ابن عمر: فإن نفسى طيبة بها[٣].

فصل

وأما السفاتج[٤] فمنعها مالك وأجازه غيره فينظر: فإن كان ذلك لنفع الآخذ فلا بأس مثل أن يقرض رجل رجلاً دنانير ببغداد والمقترض بلده البصرة فيقول المُعطى: أنا أقرضك هذه الدراهم هاهنا ببغداد وتدفعها إلى وكيلى بالبصرة أو أجىء أنا البصرة فآخذها منك حتى لا تحتاج إلى تكلف السفر بها، فهذا جائز لأنه جميل ولا نفع للمعطى، فإن كان النفع فيه للمعطى مثل أن تكون عليه دراهم بالبصرة ويريد أن ينقدها إلى هناك دراهم فيخاف غرر الطريق فيقرضها لمن يدفعها إلى غريمه بالبصرة فيربح هو نفقة الطريق والغرر، فلا يجوز لأنه قرض يجر نفعًا ومن أجازها علله بأنه ليس لها حمل ولا مؤنة.

فصل

إذا لم يشترط بالقضاء موضعًا لزم المقترض القضاء فى الموضع الذى أقرض فيه لأن غيره من المواضع تكليف للمقترض ومؤونة وخسران والتزام وغرر، وكذلك للمقترض إن كان القرض نفعًا [للمقترض]، وذلك غير جائز فإن لقيه فى موضع آخر فأخذه به لم يلزمه ذلك ولكن يخرج معه إلى الموضع الذى اقترض منه فيه أو يوكل من يقضيه فى

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/٥٧٣) ح (١٠٩٣٣)، وانظر نصب الراية (٤/ ٦٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٨١) ح (٩٠)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٦٧٦) ح (١٠٩٤٤).

(٤) جمع سفتجة: بفتح السين المهملة والتاء المثناة فوق بينهما فاء ساكنة وبالجيم: هى كتاب لصاحب المال إلى وكيله فى بلد آخر ليدفع إليه بدله، وفائدته: السلامة من خطر الطريق ومؤنة الحمل، المطلع (ص/ ٢٦٠).

ذلك الموضع، فإن اتفقا على القضاء فى بلد آخر، فإن كان بعد محل الأجل جاز لأن ذلك رفق من الباذل والقابل، وإن كان قبله لم يجز لأنه فى مقابلة التعجيل.

فصل

وإذا أقرضه إلى أجل لم يكن له مطالبته قبل الأجل خلافًا للشافعى[١] لقوله ﷺ: «كل معروف صدقة»[٢]، وقوله ﷺ: «الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه»[٣]، ولأن الأجل قد صار حقًا للمقترض فأشبه الأجل فى السلم.

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخارى: الهبة (٥/ ٢٧٧) ح (٢٦٢١)، ومسلم: الهبات (٣/ ١٢٤١) ح (٧/ ١٦٢٢).

باب

وإذا أسلم فى عرض ثمنًا معلومًا ثم أراد بيعه من المسلم إليه قبل قبضه، فإن باعه بمثل ثمنه أو أقل منه جاز وإن كان بأكثر لم يجز.

وإنما قلنا ذلك لأنه لا تهمة فى أن بيعه بمثل الثمن أو أقلَّ منه لأنه يزن درهمًا ويأخذه بعد مدة لأن ذلك الدرهم لا زيادة عليه أو دونه وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان، وإذا باعه بالزيادة اتهم أن يكون أقرضه دراهم بأكثر منها إلى أجل وتسمية القرض الذى سمَّياه لغوًا لم يتحصل وذلك ذريعة إلى الربا.

فصل

ويجوز أن يبيعها من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر يدًا بيد لأن غير البائع لا تهمة بينه وبينه، ولا يجوز أن يؤخر الثمن عليه لئلا يكون دينًا بدين.

فصل

إذا باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد أن يشتريها من الذى باعها إياه فلا يخلو أن يشتريها نقدًا أو إلى أجلها أو إلى أجل أبعد من أجلها، ثم لا يخلو أن يشتريها بمثل ثمنها أو بأقل أو بأكثر، فهذه سبعة أقسام: يمنع منها قسمان فقط ويجوز باقيها والذى يحفظ منه أن يئول أمره إلى أن يزن درهمًا ويأخذ بعد مدة أكثر منه، فهذا القدر هو الممنوع وهو أن يبيعها بمائة إلى شهر فيبتاعها نقدًا أو إلى دون الشهر بثمانين أو إلى شهرين بمائة وعشرين، ففى هذين الموضعين يمنع لأنه إذا ابتاعها نقدًا بثمانين حصل منه أنه وزن ثمانين وأخذ بعد مدة مائة وتسمية الثمن والبيع لغوًا، وكذلك إذا ابتاعها إلى شهرين بمائة وعشرين حصل منه أنه يأخذ من المشترى بمائة ويعطيه بعد مدة مائة وعشرين وذلك ذريعة إلى الربا فيجب منعه، خلافًا للشافعى[1] فى قوله: إنه جائز، وذلك لو جاز لأبيح التذرع إلى الربا والعينة، وهى أن يقول الرجل للرجل: ابتع لى هذه السلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك دينارًا، فيفعل ذلك فيحصل منه قرض عشرة بأحد عشر من غير حاجة البائع إلى السلعة، وإنما تذرع بها إلى قرض الذهب بأكثر منها، وإذا

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٤٠٥).

وجدنا فعلاً من الأفعال يقع على وجه واحد لا يختلف إلا بالنية من فاعله وظاهره واحد ولم يكن لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصيل أغراضهم وجب حسم الباب وقطع التطرق إليه، فهذا وجه بنائها على الذريعة، ولأن الصحابة سلكوا هذه الطريقة فى منع البيع فى هذه المسألة؛ لأن ابن عباس سئل عن رجل باع سلعة بمائة ثم اشتراها بخمسين، فقال: الدراهم بالدراهم متفاضلة، والسلعة دخلت بينهما[1]، وهذا نص قولنا، ونكتة المسألة حديث زيد بن أرقم: أن أم ولده باعته جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترتها بعد ذلك بستمائة فقالت لها عائشة رضى الله عنها: بئس ما [شريت][2] وبئس ما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب فقالت: فما أصنع؟ قالت عائشة رضى الله عنها: قال الله تعالى: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾ [البقرة:٢٧٥]، واشتهرت هذه القصة والإنكار من الصحابة[3] ولم يختلف عليها أحد فيه، وإذا ثبت منع ذلك فقد ذكرنا أن هذه الأقسام سوى هذين القسمين لا تمنع فيها، أما شراؤه إياها بمثل الثمن ولا تهمة فيه سواء كان نقدًا أو إلى أجل أو إلى ما بعده لأنه وزن درهمًا وأخذ مثله أو أخذ درهمًا ورد مثله، وكذلك شراؤها إلى الأجل بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر لأنه لا تهمة فيه [ولأنه لم يزن درهمًا ويلقى بها مرة أكثر منه فيتهم والنقد لا تهمة فيه][4]، وإنما التهمة فى التأخير أن يكون دفع بالقليل الذى لم يأخذه طول المدة ثم يزن بعد المدة أكثر منه، فأما فى الحال فلا تهمة فيه، وشراؤها نقدًا بأكثر من الثمن أو إلى أجل بعد الأجل بأقل منه لا تهمة فيه، لأنه يزن درهمًا ويأخذ بعد مدة أقل منه أو يأخذ درهمًا ويرد بعد مدة أقل منه والله أعلم.

فصل

والعينة ممنوعة لأنها ذريعة إلى الربا وقرض دراهم بأكثر منها، صفتها: أن يسأل الرجل أن يبتاع له سلعة ليست عنده فيقول له: اشترها لى من مالك بعشرة دنانير نقدًا وهى لى باثنى عشر إلى شهر كذا فهذا ذريعة إلى الربا على ما ذكرناه.[5]

(١) أثر آخر.

(٢) ثبت فى بعض النسخ (ما اشتريت)، وما أثبتناه من (أ) بالرجوع إلى مصدر الحديث.

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى. فى البيوع (٥/ ٥٣٩) (الحديث ١٠٧٩٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٨٨).

باب

بيع الثمار يقع على وجهين: أحدهما قبل بدء الصلاح فيها، والآخر بعده، فأما قبله فلا يخلو أن يقع على أحد ثلاثة أوجه: إما أن يقع بشرط القطع أو بشرط التبقية أو مطلقًا، فأما بيعها بشرط القطع فجائز من غير خلاف[١] لانتفاء الغرر فيها، ولأنه باع شيئًا قبل قبض المشترى عقيب العقد من غير مراعاة لأمر يخافه مع التبقية.

فصل

وأما بيعها بشرط التبقية فباطل من غير خلاف[٢]، والأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى[٣]، وروى أنه ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، قيل: وما تزهى: حتى تحمر أو تصفر»[٤]، وقال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٥]، ولأن الغرر يكثر فيها والانتفاع يقل بها، والآفات والعاهات لا تؤمن عليها فى تبقيتها، وهذه فائدة قوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٦]، فإذا تتابع طيبها أمنت الآفات عليها فى الغالب وقلَّ الغرر فيها، فجاز بيعها.

فصل

وأما بيعها مطلقًا فغير جائز خلافًا لأبى حنيفة[٧]، «لنهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»[٨] فعم، وروى: «أنه ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يَسْوَدَّ والحب حتى

---

(١) المغنى لابن قدامة (٤/ ٢٠٢).
(٢) المغنى لابن قدامة (٤/ ٢٠٢).
(٣) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٦٠) ح (٢١٩٤) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٥) ح (٤٩/ ١٥٣٤).
(٤) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٦٥) ح (٢١٩٨) ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٠) ح (١٥/ ١٥٥٥).
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) انظر الفتاوى الهنديه (٣/ ١٠٦).
(٨) تقدم تخريجه.

يَشتَد»[١]، والنهى يدل على فساد المنهى عنه، وتعليق الحكم بغاية يفيد مخالفة ما قبل الغاية لما بعدها، ولأنه عقد على ثمرة مقدرة قبل بدو الصلاح، من غير شرط القطع فلم يصح أصله إذا كان يشترط التبقية.

فصل

فأما بيعها بعد بدو الصلاح فإنه أيضًا لا بد وأن يقطع على أحد الثلاثة [الأوجه][٢]: فإن بيعت بشرط القطع فجائز من غير خلاف، لأنه إذا جاز ذلك قبل بدو الصلاح فبعده أولى، وإن بيعت بشرط التبقية جاز أيضًا خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولنهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها فأطلق، ولأن الإطلاق جائز باتفاق وهو مقتضى للتبقية فاشتراطها تأكيد لمقتضى الإطلاق.

فصل

فإن بيعت على الإطلاق فجاز أيضًا من غير خلاف، والإطلاق يقتضى التبقية ولذلك منعناه قبل بدو صلاحها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يقتضى القطع[٤]، لقوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٥] ومنع الثمرة ذهابها بجائحة أو آفة من السماء، وذلك إنما يخاف على ثمرة تبقى ويستدام تبقيتها ويؤمن فيما يشترط فيه القطع، ولأن الإطلاق فى العقود محمول على العرف فيكون كالمشترط بدليل وجود ذلك فى النقد والسير والحمولة وغيرها وفى نقل ما ينقل من المبيعات والعرف فى الثمار إذا بيعت تبقيتها إلى وقت الجذاذ والإدراك فوجب حمل الإطلاق على ذلك.

فصل

بدو الصلاح فى الثمار يختلف بحسب اختلاف الغراس، ففى النخل بأن يحمر أو

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٥١) ح (٣٣٧١)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢١) ح (١٢٢٨) وقال: حسن غريب، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٤٧) ح (٢٢١٧).
(٢) هكذا فى النسخ ولعل الصواب (أوجه).
(٣) الفتاوى الهنديه (٣/ ١٠٦).
(٤) الفتاوى الهندية (٣/ ١٠٦).
(٥) تقدم تخريجه.

يصفر البسر وفى العنب أن يَسْوَدّ إن كان مما يَسْوَدّ أو تدور الحلاوة فيه إن كان أبيضًا، والتين والبطيخ وغيرهما إدراكه وبلوغ أكله، والبقول تمام نباتها وأن ينتفع بها إذا قطعت فى العادة، وقد وردت السنة بأن بدو الصلاح فى الثمار الزهو وهو فى النخل أن يصفر أو يحمر وفى العنب حتى يسود[1]، وروى «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم»[2].

فصل

إذا بدا الصلاح فى نخلة من بستان جاز بيع جميع نخل ذلك البستان، وكذلك إذا بدا فى نوع من الثمار كان ذلك كبدوه فى جميع ذلك النوع، وهذا إذا كان طيبًا متتابعًا ولم يكن مبكرًا والمراعى فيه بلوغ الزمان الذى تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبًا، لأن لو لم يُجَوِّز ذلك إلا بأن يعم الصلاح الحائط لحق فيه ضررًا عظيمًا ومشقة شديدة، ولا يكاد يلحق الآخر إلا بفساد الأول، فأما الطيب المبكر فلا اعتبار به لأنه لا يحصل معه الأمن من الآفة لسبقه الزمان الذى يؤمن ذلك فيه، ولأنه ﷺ قال: «حتى يبدو صلاحها»[3] أراد الصلاح المأمون المعتاد.

فصل

يجوز أن يباع ما يجاور المراح بطيبه وصلاحه خلافًا للشافعى[4]، لأنه إذا جاز بيع ما فى المراح بطيب بعضه جاز بيع ما حوله بطيبه لأنه لا فصل فى ذلك إلا قيام الجدران، بدليل أنها لو قلعت لارتفع المنع وذلك لا يؤثر، ولأن الزمان الذى تؤمن فيه الآفة غالبًا حاصل.

فصل

لا يجوز بيع صنف من الثمار بطيب غيره كالرطب والعنب لأنها متفاوتة فى الإدراك والتلاحق تفاوتًا شديدًا فلم يكن طيب بعضها دالاً على تلاحق غيره وتخلصه من الآفة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ «نهى عن بيع الثمر حتى يطيب»، أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٥٢) ح (٢١٨٩)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٧) ح (٥٣/ ١٥٣٦)، والطبرانى فى الكبير (١١/ ١١) ح (١٠٨٧٠)، واللفظ له.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٩٦).

فصل

يجوز بيع المقاثى والمباطخ[1] إذا بدا صلاح أولها وإن لم يظهر ما بعده، وكذلك الأصول المغيَّبة فى الأرض كالجزر والفجل والبصل وما أشبه ذلك، خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لقوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأن الغرر إذا دعت الحاجة إليه وكان قليلاً جاز البيع معه ولو لم يجز فى مسألتنا البيع لجملة المقثات والمبطخة حتى يظهر إلى أحد أمرين: إما أن تفرد الموجود بالبيع، وهو إنما يؤخذ أولاً فأول، وذلك يؤدى إلى اختلاط ما ظهر بما لم يظهر، لأن خروجه متتابع فليس يؤخذ الأول إلا وقد خرج بدله ويشق التميز بين الثمرين أو أن لا يباع إلا بعد ظهور جميعه، وفى ذلك إضاعته وإفساده، فدعت الحاجة إليه مع قلة الغرر فيه، ولأن قد اتفقنا على جواز بيع ما لم يبد صلاحه من الثمار تبعًا لما قد بدا صلاحه، وكذلك يجوز بيع ما لم يخلق تابعًا لما قد خلق.

فصل

والورد والياسمين جائز بيعه إذا حان قطافه والانتفاع به ويكون ما بعد ذلك للمشترى إلى آخر إبَّانه كما ذكرنا فى المقاثى والمباطخ، وأما الموز فلا بد فيه من ضرب أجل لأنه يبقى سنين عدة فيحتاج إلى ضرب أجل ليعلم مقدار المبيع منه وكذلك القرظ[4] والقصب لا يجوز بيعه حتى يفنى، لأن مدة بقائه مجهولة، ويجوز بيعه عدة جزات، ولا يجوز أن يشترى الكتان ويستثنى حبته ولا القرظ ويستثنى برسيمه إذا كان ذلك قبل جفاف الحبِّ واستغنائه عن الماء، لأن ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية، ويجوز ذلك إذا كان قد استغنى عن الماء ويبس، ولأنه موجود مشاهدة.

فصل

بيع الحنطة فى سنبلها مفردة عن السنبل غير جائز بالإجماع، وأما بيع السنبل إذا يبس

(١) يقصد بها المزروعات التى لا تعلو ولكن يذهب على وجه الأرض. القاموس المحيط (١/ ٢٥٧).
(٢) الفتاوى الهنديه (٣/ ١٠٦).
(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٨ ـ ٥٥٩).
(٤) القرظ ورق السَّلَمَ أو ثمر السنط، القاموس المحيط (٢/ ٣٩٧).

واستغنى عن الماء فجائز خلافًا للشافعي[(١)] لما روى أنه ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض[(٢)]، [وروى: «عن بيع الزرع حتى تبيض»[(٣)]][(٤)]، ولأنه مأكول دونه حائل من أصل الخلقة هي كالباقلاء في قشرته السفلى.

فصل

يجوز بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في قشره الأعلى، وبه قال أبو حنيفة[(٥)] وقال الشافعي: لا يجوز[(٦)]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأنه مأكول في أكمام من أصل الخلقة فجاز بيعه كالرمان والموز، ولأن الضرورة تؤدي إلى ذلك لأن بالناس حاجة إلى بيعه رطبًا لأنه ليس كل أحد يمكنه أن يجفف ثمرته وفي نزع قشرته إفساد له فلم يبق إلا جواز البيع.

فصل

وإذا ابتاع أصل نخل وفيها ثمر، فإن كان قد أبر[(٧)] فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وإن كان لم يؤبر فهو للمبتاع من غير شرط وإن استثناه البائع لم يجز، وقال الشافعي: يجوز[(٨)]، وقال أبو حنيفة: والثمرة في الحالين للبائع قبل الإبار وبعده ولا يكون للمبتاع إلا بشرط[(٩)]، ودليلنا قوله ﷺ: «ومن ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه

(١) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٩٩)، روضة الطالبين (٣/ ٥٦١).

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٦٥) ح (٥٠/ ١٥٣٥)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٠) ح (٣٣٦٨)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٠) ح (١٢٢٧)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٨) (باب بيع السنبل حتى يبيض).

(٣) لم أجده فى مظانه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ٧).

(٦) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٢)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٠١).

(٧) قال الشيخ الدرديرى: (والتأبير خاص بالنخل وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى لئلا تسقط ثمرتها وأما التأبير فى غيره من الثمار فهو بروز جميع الثمرة عن موضعها وغيرها عن أصلها، وأما الزرع فإباره أن يظهر على وجه الأرض، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ١٧١ ـ ١٧٢).

(٨) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٦١)، المهذب (١/ ٢٧٨).

(٩) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٨)، الاختيار للموصلى (٢/ ٦).

المبتاع»[1] فشرط فى كونه للبائع أن يؤبر، فدل على أنها قبل التأبير ليست له، ولأنه كامن فى أصل الخلقة فوجب أن يتبعه فى البيع [بمقتضى العقد كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع][2]، وإنما قلنا: إن البائع إن استثناها لم يجز لأنها قبل الإبار كامنة غير ظاهرة، فهى كالجنين فى بطن أمه واستثناء الجنين إذا بيعت الأم غير جائز.

فصل

إذا أبر بعضها ولم يؤبر البعض، فإن كانا متساويين كان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ففيهما روايتان:

إحداهما: أن الأقل تبع للأكثر، والأخرى: أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى.

فوجه الأولى: أن الأصول موضوعة على الغالب على أن القليل تابع للكثير فوجب حمل هذا الموضع عليها، ووجه الثانية عموم الخبر واعتباراً بالعراجين.

وإنما قلنا: إنهما إذا كانا متساويين لم يتبع أحدهما الآخر لأنه ليس لأحدهما مزية على الآخر بكثرة فيتبعه.

فصل

ما عدا النخل من سائر الأشجار فعلامة التأبير فيها أن تورد الشجر ثم ينعقد الورد ثمرًا، فيثبت البعض ويسقط البعض مما لم ينعقد فيها، فيكون ذلك كالإبار فى النخل.

فصل

إذا اشترى أرضًا وفيها زرع صغير لم يظهر ولم يبد صلاحه ولم يذكره فى عقده ففيها روايتان: إحداهما أنه للبائع، والأخرى أنه للمبتاع، فإذا قيل: للمبتاع فاعتباراً بالثمرة، وإذا قيل: إنه للبائع فلأنه عين وضعت فى الأرض على غير التأبيد بل على النقل والاسترجاع كالمال المدفون فى الأرض.

مسألة

يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافًا لأنها مشاهدة وتسرى وتحرز ولا

---

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٤٦٩) ح (٢٢٠٤) ومسلم: البيوع (٣/١١٧٢) ح (٧٧/١٥٤٣).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يجوز بيعها بالخرص[١] لأنه غرر لا حاجة تدعو إليه واعتبارًا ببيع الصبرة، ويجوز بيع جزء منها مثل نصفها أو ثلثها وربعها للضرورة إلى بيعها فى رءوس النخل على ما هى عليه، ولأن المبيع معلوم والمستثنى المبقى على الملك معلوم، ويجوز أن يستثنى منها جزءًا معلومًا، كما يجوز أن يبتدأ فى بيع ذلك الجزء المبقى باسمه من غير استثناء إذ العوض معلوم، ولو قال: بعتك هذه الثمرة إلا ربعها فهو كقولك: بعتك ثلاث أرباع الثمرة فيصح، ولا فرق فى ذلك بين القليل والكثير إلا قبح اللفظ، وذلك غير مؤثر، وأما استثناء الكيل فيجوز عندنا مما بينه وبين الثلث فقط، خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى فى منعهما ذلك فى الكيل فى القليل والكثير[٣]، فإن ذلك عمل متصل بالمدينة مستفيض بين الصحابة والتابعين أنهم كانوا يفعلونه إذا باعوا حوائطهم، ولأنه استثناء قدر معلوم، فصح البيع معه، أصله استثناء الجزء ولا تدخل عليه الزيادة على الثلث لأن التعليل لإلحاق أحد النوعين بالآخر.

فصل

وإنما فصلنا بين ما زاد على الثلث، وبين ما قصر منه لأن ما قصر عنه فى حيز القليل فلا يُبطل غرض المشترى، ولأنه لا يؤدى إلى الجهل بالمبيع ومقداره.

فصل

إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه، فذلك على وجهين: أحدهما أن يعين ما استثناه، والآخر أن لا يعينه: فإن عيَّن ما استثنى فذلك جائز لا يختلف المذهب فيه لأن البيع يتناول ما عدا تلك الأعيان المستثناة، وإن لم يعين وكان ذلك معلقًا على الاختيار، فلا يخلو أن يشترط الخيار للبائع أو للمشترى، فإن كان للبائع جار إن كان بقدر ثلث الثمرة، مما يجوز له أن يستثنيه كيلاً، وإن كان للمشترى فلا يجوز لأن غرض المشترى لا يحصل له ويصير المبيع مجهولاً.

فصل

اختلفت الروايات عن مالك فى استثناء الجلد والسواقط فى الشاة المبيعة: فروى عنه

(١) الخرص الحزر والاسم بالكسر كم خرص أرضك، القاموس المحيط (٢/ ٣٠٠).
(٢) الاختيار للموصلى (٢/٦)، الهداية للمرغينانى (٣/٢٩).
(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٩)، الحاوى الكثير للماوردى (٥/ ٢٠١).

منعه على الإطلاق، وروى عنه: إجازته فى السفر دون الحضر[1]، وقال المحققون من أصحابنا: إن هذا كله اختلاف أحوال وليس باختلاف قول، والمذهب أن الأسقاط إذا كانت لها قيمة وبال يأخذ قسطًا كبيرًا من الثمن فإن استثناها فهو غير جائز فى سفر ولا حضر، لأن استثناء الكثير يعرض الصفقة للغرر واستثناء اليسير لا يوجب ذلك، وإذا كانت يسيرة القيمة لا خطب لها فإن استثناءها جائز لقلة الغرر، والمنع والإباحة يتبع هذا المعنى، وإنما نص على الحضر بالمنع، وعلى السفر بالإباحة ليجرى العادة بكثرة القيمة فى الحضر وقلتها ودناءتها فى السفر.

فصل

وإنما قلنا: إن استثناءها جائز فى الجملة لأنه ﷺ لما هاجر ومعه أبو بكر رضى الله عنه مروا براعٍ فاشتروا منه شاة وشرطوا له رأسها وأسقاطها، وروى ذلك عن زيد بن ثابت وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم، ويجوز استثناء اليسير من لحمها كالأرطال اليسيرة ولا يجوز زيادة على ذلك لأنه يؤدى إلى الجهل بالمبيع كالثمرة ولا يستثنى منها فخذًا ولا يدًا، لأن ذلك يكثر الغرر فيه بخلاف السواقط.

فصل

يجوز أن يشترى الرجل ثمرًا مكيلاً من حائط بعينه، وقد بدا صلاحه بثمن معجل أو مؤجل معلوم، فإن فنى استيفائه ما ابتاعه منه أخذ بقيمة رأس ماله أو غيره مما يتراضيان عليه فى الحال ولا يؤخراه.

وإنما قلنا ذلك لأنه بيع عين وليس بسلم لأنه يتعلق بالذمة فجاز فى الحائط المعين بالثمن المعجل والمؤجل.

وإنما قلنا: يأخذ بقيمة رأس ماله، لأن العين إذا تعذرت التوفية بها بطل العقد فيها ولا يلزم أن يدفع إليه بقيته لأن العقد لم يتناول شيئًا فى الذمة.

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على شيء يفسخه فيه، لأن ذلك ليس ببيع الطعام قبل قبضه لأنه إذا لم يبق له ما يأخذه تبينًا أنه لم يملك ما لم يبق له فانفسخ العقد فيما بقى، وقلنا: لا يؤخراه لئلا يكون دينًا بدين.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦٨٢).

باب

العرية[1] جائزة وهى: أن يهب الرجل ثمرة نخله أو نخلات أو شجرة له من رجل، ولا يجوز لمن أعريها أن يبيعها حتى يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاحها جاز له بيعها من كل أحد بالذهب والفضة والعروض، ومن مُعريها خاصة بخرصها ثمرًا يدفعه إليه عند الجذاذ فى خمسة أوسق فدونها ولا يجوز ذلك فى زيادة عليها فى حق كل واحد مما عرى، بأن كان الجميع يزيد على خمس وسق بعد أن لا تزيد عرية كل واحد على ذلك.

وإنما قلنا: إن العرية هبة ثمر النخل أو الشجر لأن العرية فى اللغة: الهبة، قال أهل اللغة: العرية والمنحة والعطية بمعنى واحد، تقول: عروّ الرجل أعرُوه إذا أتيته تلتمس ثمرة، وقيل أيضًا: إنها مأخوذة من تخلى الإنسان عن ملكه وعُرُوه منه كأنه عرى منه، ومنه قوله عز وجل: ﴿فنبذناه بالعراء﴾ [الصافات:١٤٥] بالموضع الخالى المنكشف[2]، وعند أبى حنيفة أنها الهبة على ما قلناه إلا أنه قال: يجوز أن يعطيه بها ثمرًا لأنها لم تجب لعدم القبض، فله أن يأخذها منه ويعطيه الثمر ابتداء، وعند الشافعى: أن العرية بيع الرطب فى رؤوس النخل بثمن يتعجله[3].

فصل

وإنما قلنا: إنها ليست ببيع لما قدمناه من الأدلة على أن معناها الهبة فى اللغة، وإنما قلنا: إنه لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها لنهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[4]، فعم الثمرة الموهوبة وغيرها، وإنما قلنا: إنه يبيعها بما شاء من الثمن سوى الطعام بسائر الثمار المملوكة بالشراء أو بأصل الملك أو بميراث أو غير ذلك، وإنما قلنا: إنه يجوز بيعها

---

(١) قال ابن عرفة: العرية: ما منح من ثمر ييبس، وقال المازرى: هى هبة الثمرة، وقال عياض: منح ثمر النخل عامًا، وقال الباجى: هى النخلة الموهوب ثمرها، شرح حدود ابن عرفة (٣٨٩/٢).

(٢) الاختيار للموصلى (٣٠٣/٢).

(٣) الأم للشافعى (٤٩/٣)، الحاوى الكبير (٢١٤/٥).

(٤) تقدم تخريجه.

من معريها خاصة بالثمر لأن النبى ﷺ أرخص فى العرايا بأن تباع بخرصها تمراً[١]، وإنما جاز ذلك فى المعرى خاصة لأنه يريد قطع تطرق المعرى عليه فى دخوله إلى حائطه، فيجوز ذلك للرفق به، وهذا لا يوجد فى غيره، وإنما قلنا: لا يجوز أن يقال: وإنما ابتداء بيع الرطب [فى رءوس النخل بالتمر لنهيه ﷺ عن بيع الرطب][٢] بالتمر، ولأن العرية اسم للهبة على ما بيناه دون البيع.

وإنما قلنا: يأخذه عند الجذاذ لأن الحديث بذلك ورد، ولأن القصد منها الرفق دون المغابنة والمتاجرة، ولا يجوز تعجله لأن ذلك يبطل فائدة الرخصة فيها واستثناءها من بابها، وإنما يكون على وجه كفاية المعرى القيام بسقيها وتعهدها ومؤونتها، فإذا كان وقت الجذاذ يدفعها إليه، فيكون قد زاد فى إحسانه إليه بذلك.

وإنما قصرناها على الخمسة الأوسق فدونها اتباعًا للحديث، ولأنها لما كانت مخصوصة ومستثناة من بابها وجب أن يحد بقدر لا يكون ذريعة إلى اختلاطها بالأصل الممنوع لأن هذا حكم كل بعض مستثنى من جملة.

وإنما قلنا: إنه لا بأس بالزيادة على ذلك فى حق الجماعة المُعْرِينَ، لأن عرية كل واحد قائمة بنفسها لا تتعلق بعرية غيره، فجاز فى كل واحد ما جاز فى الآخر.

مسألة

إذا ابتاع ثمراً فأجيحت[٣] بآفة من السماء من برد أو ريح أو ثلج أو جراد أو عفن أو غير ذلك فأصيبت ثلث مكيلتها فصاعداً وضع عنه من ثمنها بقدر المجتاح منها فمصيبتها فيما دون الثلث من المشترى، وذلك ما دامت مجتاحة إلى تبقيتها فى رءوس النخل، والأصل فى وجوب وضع الجوائح - خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى[٥] - ما روى أنه

---

(١) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/ ٦٠) ح (٢٣٨٠) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٩) ح (٦٠/ ١٥٣٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أى: أصابتها جائحة.

(٤) قال الكاسانى: (أما إذا سمى دخل الثمر مع الشجر فى البيع وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لأنه لما سماها فقد صارت مبيعًا مقصود الورود فعل البيع عليه حتى لو هلك الثمن قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشترى كما لو هلك الشجر قبل القبض، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٦).

(٥) قال الإمام الشافعى: (وإذا اشترى الرجل الثمرة فخلى بينه وبينها فأصابتها جائحة فلا نحكم =

ﷺ أمر بوضع الجوائح[١]، وقال ﷺ: «من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابتها جائحة فلا يأخذ من ثمنها شيئًا فبم يأخذ مال أخيه بغير حق»[٢]، وهذا نص، ولأن بيع الثمار على رءوس النخل فى معنى الإجارة لأنها تؤخذ أولاً فأولاً كالمنافع التى تستوفى أولاً فأول، فقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضى المدة كانت من ضمان المكرى كذلك الثمار، ولأن التخلية بمجردها لا يكون قبضًا فى الثمار بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع، ولأن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ، فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية، ولأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها فى النخل، فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها كالتلف بالعطش.

فصل

وإنما راعينا ثلث الثمرة دون ما قصر عنه لأن المشترى دخل على أنه لابد من تلف يسير بأكل العافى والمجتاز وسقوط اليسير وأكل الطير، وغير ذلك مما يعلم بضرورة العادة أن المشترى لم يدخل على سلامتها منه، ولأنه ﷺ لما أمر بوضع الجوائح، وكانت الجائحة اسمًا لما أتلف جُلَّ الشىء أو ما له خطر وبال منه دون اليسير الذى لا يطلق على المال التالف منه أنه جائحة فيه صح ما قلناه، فإذا ثبت ذلك احتيج فى الفصل بين القليل والكثير إلى حد يفصل به بينهما، فكان الثلث أولى لأمرين: أحدهما أنه إذا ثبت وجوب الفصل فلا حد سواه يصير إليه قائل، والآخر أنه قد اعتبر فى الفصل بين القلة والكثرة فى غير موضع من الشرع منها: الوصية والمحاقلة وحمل العاقلة والحجر على المرأة فى مالها لحق زوجها وغير ذلك، فكذلك هاهنا.

فصل

وإنما راعينا تلف الثلث من المكيلة ـ خلافًا لأشهب ـ فى مراعاة تلف ثلث القيمة لأن كل مصيبة فى مبيع وجب بها[٣] الرجوع على البائع فى الثمن فالاعتبار بقدرها من المبيع

= له على البائع أن يضع عنه من ثمنها شيئًا، الأم للشافعى (٣/ ٥٠).

(١) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩١) ح (١٧/ ١٥٥٤)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٢) ح (باب وضع الجوائح).

(٢) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٠) ح (١٤/ ١٥٥٤)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٤) ح (٣٤٧٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٢) (باب وضع الجوائح).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦٨٦).

أصله تلف المبيع المشاع قبل القبض، ووجه قول أشهب أن وضع الجائحة لئلا يستبد البائع بالثمن من غير عوض يحصل للمشترى، فإذا أصيب ما قيمته أكثر من ثلث الثمن، فذلك أخذ مال المشترى بغير عوض.

فصل

وإنما اشترطنا حاجتها إلى بقائها على النخل لأن وضع الجائحة فى الحال التى تبقى للمبتاع فيها حق توفية على البائع، وذلك حال حاجتها إلى بقائها على النخل، فإذا استغنت سقط حق التوفية فلم تبق على المبتاع عهدة يجب بها الرجوع.

فصل

وفى البقول ثلاث روايات[1]: إحداها أنها كالثمر ووجهها اعتبارها بالثمار، والثانية أن يوضع قليلها وكثيرها ووجهها عموم الخبر وافتراقها عن الثمار للعادة وجريها بذهاب يسير الثمرة وانتفاعها فى البقول، والثالثة أنه لا يوضع لها شىء لأنها تخرج غير محتاجة إلى تبقية فى موضعها، والأول هو القياس والله أعلم.

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦٨٦).

باب

والتفاضل ممنوع فى بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة على أى صفة كانا أو أحدهما من نقار[1] أو مضروب أو مصوغ أو مكسور أو جيِّد أو ردىء، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ووزنًا بوزن، وقد دللنا على ذلك فيما تقدم.

فصل

يجوز بيع الحلى المكسور جزافًا ولا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافًا، لأن أصل الجزاف غرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[2]، إلا أنه فى الحلى تدعو الضرورة إليه ويخف أمره ويكثر فى المضروب للتشاح فيه، ولأن السكة الخفيفة أنق عن الناس عن الثقيلة، فكان القصد فيه إلى الغرر.

فصل

ولا يجوز فى الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة ولا فى أحد الجنسين بالآخر أن يتأخر القبض عن العقد بحال ولا يقبل فى ذلك حوالة ولا حمالة ولا نظرة لقوله ﷺ: «إلا ها وها يدًا بيد»[3]، [وإن طال بينهما المجلس من غير تقابض بطل العقد خلافًا لأبى حنيفة[4] والشافعى فى قولهما: أن العقد لا يبطل بترك التقابض ما لم يفترقا[5] بقوله: «ها وها يدًا بيد»[6]][7] وهذا لم يوجد، ولأن القبض قد تراخى عن العقد فأشبه إذا افترقا.

---

(١) جمع نقرة: وهى القطعة المذابة من الذهب والفضة. القاموس المحيط (٢/١٤٧).
(٢) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٤٤١) ح (٢١٧٤) ومسلم: المساقاة (٣/١٢٠٩) ح (٧٩/١٥٨٦).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) الاختيار للموصلى (٢/٤٨)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٠).
(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٥/٧٧)، روضة الطالبين (٣/ ٣٨١).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

يجوز في الذهب والورق اقتضاء أحدهما من الآخر إذا حلا لحديث ابن عمر قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ مكان الذهب الفضة ومكان الفضة الذهب، فسألنا رسول الله ﷺ، فقال: «لا بأس إذا كان بسعر يومه»[1]، ولأن الحالَّ في حكم الحاضر، فجاز ذلك فيه ولا يجوز قبل حلوله لأنه يكون ذهبًا متأخرًا.

فصل

ولو كان لرجل على رجل ذهب حالَّة وللآخر عليه مثلها جار، أن يتطارحاها صرفًا خلافًا لأبي حنيفة[2] والشافعي[3]، لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[4]، ولأن الحال كالمقبوض فكان كالعين بالعين سواء.

فصل

وإذا وجد في أحد الثمنين نقصانًا، فإن رضي به جاز لأن الثمن يكون بقدر ما حصل معه، وإن طلب التمام انتقض الصرف لأن القبض يكون متأخرًا عن العقد، وكذلك إن وجد زائفًا أو رديئًا، فإن رضي به وإلا بطل الصرف ثم ينظر فإن كان [سمَّيا لكل دينار سعرًا معلومًا انتقض صرف دينار واحد لأن كل دينار معقود عليه بنفسه عقدًا يستغني به عن ضم غيره إليه وإن كان][5] سمَّى للجملة ثمنًا لم تسقط التسمية على حساب كل دينار انتقض جميع الصرف لأن العقد واحد للجميع.

فصل

إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلوسًا أو باع بها بيعًا ثم غيرت سكتها وصار النقد

---

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٧) ح (٣٣٥٤) والترمذي: البيوع (٣/ ٥٣٥) ح (١٢٤٢)، والنسائي: البيوع (٧/ ٢٤٩) (باب أخذ الورق من الذهب).

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاساني، (٥/ ٢١٨).

(٣) قال الإمام الشافعي: (فلا يجوز أن يتطارحاها صرفًا لأن ذلك دين بدين وقال مالك رحمه الله تعالى: إذا حل فجائز. وإذا لم يحل فلا يجوز، (الأم للشافعي (٣/ ٢٨).

(٤) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١١) ح (٨١/ ١٥٨٧)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٦) ح (٣٣٥٠).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

غيرها فله مثل ما اقترض أو باع وليس له النقد الجديد لأن النقد إذا تقرر وانبرم لم يبطل بالتعامل بغيره، ولأن أكثر ما فى ذلك أن يرخص ذلك النقد أو يغلى، وذلك غير مؤثر كما لو رخص أو غلا والنقد باق فى التعامل به.

فصل

ومن اقترض من صيرفى أو غيره ذهبًا ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم ونسبها إلى قيمتها من الذهب، فليس له عليه إلا ما قبض [لأن ذلك هو الذى يستحق عليه][1] دون القيمة، ولأنا لو طالبناه بالقيمة لصار صرفًا بنسيئة.

فصل

بدل الدينار الناقص بالوازن أو الدرهم الناقص بالوازن على وجه الرفق والمعروف جائز يدًا بيد لأن كسر السكة غير جائز، والمعروف يجوز فيه ما لا يجوز فى غيره، وهذا إذا لم يعرض ما يمنع منه من اختلاف الفضتين والغرض بهما وأن يخاف كون غرضهما التبايع لا المعروف.

فصل

لا يجوز بيع ذهب وفضة بذهب ولا بيع تمر وبر ببر، وعقد هذا الباب: أن كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين غيره ولا معهما جميعًا وسواء كان الغير مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع صاع تمر وثوب بصاعى تمر، فيكون أحد الصاعين فى مقابلة الصاع والثوب فى مقابلة الصاع الآخر، وكذلك دينار وثوب بدينارين[2].

وإنما منعنا ذلك لحديث فضالة بن عبيد قال: أُتِىَ النبى ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير، فقال ﷺ: «لا حتى تميز بينهما»، قال: إنما أردت الحجارة، فقال: «لا حتى تميز بينهما»[3] وهذا نص، ولأن مقابلة جنس آخر

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب) و (هـ).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٤٩)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٢).

(٣) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٣) ح (٩٠/ ١٥٩١)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٦) ح (٣٣٥١) ولفظه عند أبى داود، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٤٧) ح (١٢٥٥).

لأحدهما أو لهما يمنع المماثلة لأن الذهب المنفـردة ليس فى مقابلتها ذهب مثلها وإنما فى مقابلتها ذهب وعرض، وهذا ضد المماثلة، ولأن الـصفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة [الثمن فى مقابلة الجميع][1] منقسطة على المبلغ والقيمة، فإذا تبايعا ديناراً وثوبًا بدينارين حصلت جملة الدينار والثوب فى مقابلة الدينارين، ولا نأمن أن تكون قيمة الثوب ديناراً أو أكثر من دينار فيـؤدى ذلك إلى أن يكون دينار فى مقابلة أقل من دينار وذلك ربا لأن الجهل بالتماثل بمعنى تحقق التفاضل.

فصل

لا يجـوز ديـنار ذهب جـيِّد وديناريـن من ذهب رديء بدينارين دون الجـيِّد وفـوق الرديء، وكذلك فى التمر لا يجـوز صاع معقلى[2] وصاع دقلى[3] بصاعين من برنى[4] خلافًا لأبى حنيفة[5]، لأن التفاضل فى القيـمة فى المماثلة يمنعها ويصيـر كالتفاضل فى الوزن، لأن هذا إنما رضى أن يزن الدينار المتـوسط ويأخذ الدون لمكان الجيِّد الذى مـعه ولولا ذلك لم يفعل، وكذلك إنما رضى بأخذ الدقلى بدلاً من الـبرنى لأجل ما معه من المعقلى، والآخـر إنما رضى بأخذ البرنى بدل المعقلى لأنه يأخـذ صاحبه مـعه دقلاً وكل ذلك تخاطر وقصد للمـغابنة، ولأن الثمن ينقسط على الجملة فـتمتنع المماثلة، وأما إن كانت الرديئة فى جهـة والجيِّدة فى جهة فيجوز لأن الـقصد من ذلك المعروف والرفق لا المتاجرة.

فصل

المراطلة[6] بالذهب جائزة، وهى أن يوضع أحد الذهبين فى كفة والآخر فى كفة بغير صنجة[7]، فإذا استوى لسـان الميزان بينهما أخذ كل واحد منهمـا ذهب صاحبه بدلاً من ذهب نفسه لأن التـماثل يحصل بهما كمـا لو كان بصنجة ولا يراعى فى ذلك إلا الوزن

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) المعقلى نوع من أنواع الرطب.

(٣) الدقل أردأ أنواع التمر، القاموس المحيط (٣/ ٣٧٦).

(٤) البرنى تمر معرب أصله برنيك، القاموس المحيط (٤/ ٢٠١).

(٥) الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٩).

(٦) المراطلة: بيع ذهب به وزنًا أو فضة كذلك، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٤١).

(٧) الصنجة ما يتخذ للميزان، القاموس المحيط (١/ ١٩٧).

دون العدد، فإن كان إحدى الذهبين أكثر عدداً أو أقل وهما متساويان فى الوزن فلا بأس.

فصل

ولا يجوز أن ينضم إلى الصرف عقد بيع إلا أن يكون يسيراً على وجه التبع لأن الصرف ضيِّق بابه وغُلِّظ فيه واختص بأحكام لا يوجد فى غيره، فإذا انضم إليه غيره فاحتيج إلى اعتباره به، وذلك غير جائز فإن كان يسيراً جاز لأن الضرورة تدعو إليه مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم، فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضًا بقيمته أو يزيد الدينار والدرهم وكسره غير جائز فهاهنا يجوز للضرورة لأنه يعلم أن البيع غير مقصود.

فصل

يجوز شراء المعادن من الذهب والفضة الجنس منهما بخلافه ولا يحق بجنسه خلافًا للشافعى فى منعه أصل البيع[1] لقوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأنه مرئى محزور ومعلوم بالعادة مقدر فى غالب الحال فجاز بيعه وإن لم يعلم حقيقة وزنه كالجزاف.

فصل

ولا يجوز شراء تراب الصاغة خلافًا لمن أجازه[2] لأنه غرر إذ لا يعلم هل فيه شىء أم لا ولو علم أن فيها شيئًا لم يظهر ولم يعلم قدره ولا حزره، وذلك غرر مجهول.

---

(١) انظر الأم للشافعى (٣/٢٩).

(٢) قال ابن قدامة: (وقال ابن أبى موسى فى الإرشاد: ويجوز ذلك وهو قول مالك وروى ذلك عن الحسن والنخعى وربيعة والليث قالوا: فإن اختلط أو أشكل فليبعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق لأنه باعه بما لا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبًا بدينار ودرهم، المغنى (١٨١/٤).

باب

بيع الغرر[1] غير جائز لنهيه ﷺ عنه[2]، والغرر يكون بوجوه: منها الجهل بجنس المبيع كقولك: بعتك ما فى كمى أو صندوقى أو كفى، ويجوز أن يكون فى كمه جوزة أو لوزة أو بيضة، ويجوز أن يكون فيه درة أو ياقوتة، ومنها الجهل بصفة المبيع وإن عرف جنسه مثل أن يسلم إليه فى عبد أو ثوب ولا يذكر نوعه ولا صفته، ومن هذا الباب بيع الساج[3] فى جرابه والثوب المطوى، فإذا عرف جنسه وصفته جاز وخرج عن الغرر، ومنه بيع الملامسة والمنابذة التى نهى رسول الله ﷺ عنه[4] وبيع الحصاة[5]، والملامسة أن يجب البيع بلمس الرجل الثوب وإن لم يبينه ولا عرف ما فيه، والمنابذة أن ينبذ الرجل ثوبه إلى الآخر وينبذ الآخر ثوبه إليه، فيجب البيع بينهما بذلك من غير أن ينشر الثوبين ويقفا على ذرعهما وكذلك بيع الحصاة كانوا فى الجاهلية إذا أعجب الرجل الثوب ترك عليه حصاة فيجب البيع بذلك ولا يكون له رد سواء وجده صحيحًا أو معيبًا، وقيل: كان الرجل يسوم بالثوب وبيده حصاة فيقول لصاحبه: إذا سقطت هذه الحصاة من يدى فقد وجب البيع، هذه البيوع من بيوع الجاهلية.

ومن بيع الغرر المزابنة: وهو بيع معلوم بمجهول من جنس أو مجهول بمجهول من جنس وقد بيناها، فإن كان ذلك مما فيه الربا حرم لأجل التفاضل وإن كان مما لا ربا فيه كان خطرًا أو قمارًا إلا أن يتبين الفضل، فيجوز لأنه يخرج حينئذ عن التخاطر، ومن الخطر أن يبيعه جزافًا يعلم كيله ولا يعلمه به فيدخل المبتاع على ذلك.

ومن أنواع الغرر ما لا يقدر على تسليمه كالآبق[6] والضالة والمغصوب والطير فى

(١) قال المازرى: الغرر ما تردد بين السلامة والعطب، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الساج. الطيلسان الأخضر أو الأسود، القاموس المحيط (١/ ١٩٥).

(٤) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٢٠) ح (٢١٤٦)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٥١) ح (١/ ١٥١١).

(٥) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٣) ح (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٢) ح (٣٣٧٦)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٣) ح (١٢٣٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٠) (باب بيع الحصاة) وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٤).

(٦) أبق العبد أبقًا وإباقًا ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب، القاموس المحيط (٣/ ٢٠٨).

الهواء والسمك فى الماء وكل هذا لا يجوز بيعه لأنه لا يقدر على تسليمه ثم لا يخلو أن تكون صفة البيع معلومة لهما أو مجهولة، فإن كانت معلومة والغرر من وجه واحد وهو العجز عن التسليم إلا أن يباع الآبق والضالة ممن قد وجدهما وحصلا تحت قبضته، والمغصوب من غاصبه ولم يبعد عداهما عن مالكها أو يثبت عنده بقاؤهما على صفاتها أو عرف ما انتقلا إليه فيجوز حينئذ بيعه لهما وإن كانت صفاتهما غير معلومة للمالك دخل بيعهما الغرر من وجهين الجهل والعجز عن التسليم.

ومن هذا الباب بيع الأجنة واستثناؤها وبيع حبل الحبلة وهو نتاج ما تنتج الناقة والمضامين وهو ما فى ظهور الفحول، فهذا يجمع الأمرين الجهل بالمبيع والعجز عن التسليم.

ومنه أيضًا السلم إلى أجل لا يوجد فيه المسلم فيه فيعجز المسلم إليه عن تسليمه.

ومن وجوه الغرر الجهل بالثمن، إما فى جنسه أو فى مقداره أو أجله، وكذلك فى [المثمن][1]، فأما فى الجنس فمثل أن يبيعه بما يحكم به زيد أو يسميه عمرو أو يقع فى يده من رقاع يكتب فيها عدة أثمان أو يخرج به السهم فى قرعة، أو ما أشبه ذلك فى المقدار مثل ما يخرج به سعر اليوم وما يبيع به فلان متاعه، وفى الأجل نحو قدوم زيد وزفاف عمرو وموت فلان وما أشبه ذلك.

ومن هذا الباب بيعتان فى بيعة: وصفته أن يبيعه هذا الثوب إما بعشرة نقدًا أو بخمسة عشر إلى أجل على أنه قد وجب بأحد الثمنين، فأما إن كان على أنه إن رضى أجاز وإن لم يرض ردَّ ولم يجب، فذلك جائز لأن العقد لم يجب فلا يحصل غرر، وقد يقع على وجوه أُخَرْ، ومن الغرر بيع اللحم فى جلده والحنطة فى تبنها، وما أشبه ذلك ومن وجوه الغرر ما لا ترجى سلامته كالمريض فى سياقه وما لا يدرى هل يسلم أم يتلف ولا أمارة على ذلك تغلب على الظن معها سلامته مثل بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وأبواب الغرر كثيرة وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه منها على ما أهملناه، ولا خلاف أن يسيره لا يمنع صحة البيع وإن ما تدعو الحاجة إليه منه معفو عنه وأن الذى يمنع ما زاد على ذلك.

---

(١) ثبت فى بعض النسخ (المثمون) وما أثبتناه من (ب).

فصل

يجوز بيع الأعمى وشراؤه خلافًا للشافعي[١]، وذلك إذا كان يعرف ما يوصف له وسواء كان بصيرًا فعمي أو ولد أعمى لقوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقياسًا على البصير بعلل إما لأن كل من جاز تسليمه جاز بيعه للأعيان أو لأن كل من صح أن يوكل في البيع صح أن يليه بنفسه.

فصل

لا يجوز بيع الإنسان على بيع أخيه، وذلك إذا أركن إليه وقرب اتفاقهما على تقدير الثمن ولم يبق إلا العقد أو قريب منه، فأما إن كان في أول الغرض وابتداء السوم قبل التقدير والركون فلا بأس والقول فيه وفي فسخه إن وقع كالقول في النكاح وقد بيناه.

فصل

بيع النجش[٢] غير جائز وصفته: أن يزيد التاجر في الثمن لا لنفسه بل ليغر غيره فينزل على مزايدته، فهذا لا يجوز لنهيه ﷺ عنه[٣]، وإن وقع فسخ خلافًا لأبي حنيفة[٤] والشافعي[٥]، لأن النهي يقتضي على الفساد، ولأن فيه مضرة على الناس وإفساد لمعايشهم لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر ويعتقدوا أنها تساوي ما يبذلونه

---

(١) قال الشيرازي: إن باع الأعمى أو اشترى شيئًا لم يره فإن قلنا: إن بيع ما لم يره البصير لا يصح؛ لم يصح بيع الأعمى وشراؤه، وإن قلنا يصح ففي بيع الأعمى وشرائه وجهان، المهذب (١/ ٢٦٤)، المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٠٢).

(٢) قال الفيروزآبادي: (النجش أن تواطئ رجلاً إذا أراد بيعًا أن تمدحه أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه فيها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها أو أن ينفر الناس عن الشيء إلى غيره، القاموس المحيط (٢/ ٢٨٩).

وقال الشيخ: إنه قال مالك: النجش أن تعطيه في سلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك شراؤها فيقتدي بك غيرك. ثم نقل المازري وغيره أن الناجش الذي يزيد في سلعة ليقتدي به غيره، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٥).

(٣) أخرجه البخاري: البيوع (٤/ ٤١٣) ح (٢١٤٠) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٥٥) ح (١١/ ١٥١٥).

(٤) في أنه يرى كراهة النجش فقط قال الموصلي (والبيع جائز لأن النهي ليس لمعنى في العقد وشرائطه بل لمعنى خارج فيجوز)، الاختيار (٢/ ٣٢)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٥٩).

(٥) روضة الطالبين (٣/ ٤١٦)، المهذب للشيرازي (١/ ٢٩١).

فيها وذلك فساد وضرر فوجب فسخه.

فصل

ولا يجوز تلقى السلع قبل أن تورد الأسواق لنهى النبى ﷺ عن ذلك[1]، وفائدته ألا يستبد الأقوياء بها دون الضعفاء ومن لا قدرة له على مشاركتهم، وإذا ثبت المنع منه فمن فعل ذلك خيِّر بقيـة أهل الأسواق فى أن يشاركوه فـيما اشتراه أو يتـركوه له، ولا يبيع حـاضر لبـاد لأن النبى ﷺ نهى عن ذلك وقـال: «دعوا الـناس يرزق الله بعضـهم من بعض»[2]، وفائدة ذلك أن فيه إضراراً بالناس لأن أهل البـادية لا يعرفون الأسعار ويضر بهم بيع ما يجلبـونه بالرخص كما يضر بأهـل الحضر شراؤه بالغـلاء لأن أهل الحضر لا يصلون إليه إلا بعوض وأموال أهل البدو جُلُّها من المباح الذى يؤخذ بغير عوض فيجب أن يقدم النظر لأهل الحضر عليهم، فإذا باع لهم السماسرة والتجار باعوا بالأسعار الغالية والأثمان المستوفاة فأضر ذلك بالحاضرة.

وإذا ثبت منع ذلك فقيل: يفـسخ إن وقع، وقيل: لا يفسخ، فوجه الفـسخ عقوبة لفاعله للنظر العام، ولأن قصده قطع أرزاق الناس، ووجـه الإمضاء فلأن الفساد منتف عنه من جهة العقد أو المعقـود عليه، وإنما هو لحق الآدميين على وجه الرفق والإعانة، فأما أن يكون قطع حق آدمى متعين فلا، وأما الشراء لهم فقال مالك: لا بأس به اعتباراً بالشراء لغـيرهم لأن الحاضر يعـرف ثمن ما يبيـعه فلا يستـضر بمن يشترى منه الحـاضر للبـادى بخلاف البيـع لهم، وقال بعض أصـحابه: لا يشتـرى لهم وهو والبـيع سواء، ووجه هذا أنهم لا يعرفون الأسـعار فيبذلون فيما يشتـرونه أكثر مما يبذلونه إذا تولى لهم التجار فيضر بالحاضرة كالبيع لهم.

فصل

التسعير[3] على أهل الأسواق غيـر جائز لأن الناس مالكون لأموالهم والتصـرف فيها

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٧) ح (٢٠/ ١٥٢٢)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٦٨) ح (٣٤٤٢) والترمذى: البيـوع (٣/ ٥١٧) ح (١٢٢٣)، والنسائى: البـيوع (٧/ ٢٢٤) (باب بيع الحـاضر للبادى)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٤) ح (٢١٧٦).

(٣) هو تحديد حـاكم السوق لبائع المأكول فـيه قدراً للمبـيع بدرهم معلوم. شرح حدود ابـن عرفة (١/ ٣٥٦).

فلا يجبرون على بيعها إلا بما يخترونه، ولأن النبى ﷺ امتنع من التسعير لما سئل فيه فقيل له: لو سعرت لنا، فقال: «إن الله هو القابض والباسط والمغلى والمرخص وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم عندى مظلمة ظلمته إياها فى عرض ولا مال»[١].

فإذا ثبت ذلك فالذى يخاف ضرره بعقد التسعير هو الزيادة فيه وهذا يمكن حسمه بأن يقال لمن يحط السعر: إما أن تلحق بالناس، وإما أن تنصرف، ومثاله أن يكون بيع الناس مثلاً للخبز عشرة أرطال بدرهم فيبتدئ هو البيع على ثمانية فيقال له: إنا لا نسعر عليك ولا يلزمك البيع بما لا تختار، ولكن نأمرك بأن لا تضر بالناس تغلى الأثمان زيادة على بيع غيرك لئلا يقتدى الباقون بك فيضر ذلك بالناس، فإما بعه على بيعهم وإلا أزلنا الأضرار عن الناس بصرفك عنهم، وقد روى: أن عمر رضى الله عنه قال لحاطب ابن أبى بلتعة مثل ذلك[٢].

فصل

الحكرة[٣] إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة فى كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وكثرته، سواء كان طعامًا أو ثيابًا أو أى شيء كان من أنواع الأموال، والأصل فى منعها قوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ»[٤]، وروى: «المتربصون بالطعام هم الآثمون»[٥]، وروى: أن عمر رضى الله عنه خرج إلى المسجد فرأى طعامًا منشورًا فقال: ما هذا؟ قالوا: طعام جلب إلينا، قال: بارك الله فيه وفيمن جلبه، قالوا: إنه قد احتكره فلان وفلان فدعاهما فقالا له: نشترى بأموالنا ونبيع، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بإفلاس أو جذام»[٦]، وهذا هو فى البلدان

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٠) ح (٣٤٥١)، والترمذى: البيوع (٣/٥٩٦) ح (١٣١٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٤١) ح (٢٢٠٠).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/٦٥١) ح (٥٧).

(٣) يقال احتكر أى: احتبس انتظار الغلاء، القاموس المحيط (٢/١٣).

(٤) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/١٢٢٨) ح (١٣٠/١٦٠٥)، وأبو داود: البيوع (٣/٢٩٦) ح (٣٤٤٧)، والترمذى: البيوع (٣/٥٥٨) ح (١٢٦٧)، وابن ماجه: التجارات (٢/٧٢٨) ح (٢١٥٤).

(٥) لم أجده.

(٦) أخرجه ابن ماجه: التجارات (٢/٧٢٨) ح (٢١٥٥) فى الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله موثقون. وأحمد: المسند (١/٢٧) ح (١٣٦).

الصغار الذين يَضُرُّ بهم الاحتكار، فأما البلدان الكبار والأمصار الواسعة التى يكثر إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز فلا بأس، لأن ذلك غير مضر بهم غالبًا إلا أن يتفق فى بعض الأوقات غلاء أو شدة ويؤدى ذلك إلى الإضرار بالناس فيمنع حينئذ.

فصل

لا يعرض لمن جلب طعامًا أو غيره إلى بلد ولا يجبر على بيعه ولا يمنع من اختزانه وحكرته لأنه لم يضر بالناس ولا غلى عليهم سعرًا ولا استبد بشىء كان يجب أن يساويهم فيه، بل فى منعه من ذلك إضرار به وافتيات عليه لأنه إنما تكلف جلبه وسافر فى تخليصه ليبقيه لنفسه، فليس لأحد اعتراض عليه فيه، وقد روى عن عمر أنه قال: من جلب طعامًا على عمود ظهره، فذلك ضيف عمر يبيعه كيف شاء ويذهب به حيث شاء[(١)].

فصل

بيع العربان منهى عنه إذا وقع على صفة دون صفته، وصفته الممنوعة أن يشترى الرجل السلعة بثمن معلوم أو يكترى دابة بكراء معلوم وينقد من ذلك شيئًا ليسكن البائع أو المكرى إليه على أنه إن رضى إمضاء البيع أو الكراء وينقد بقيته وإن كره لم يرجع بما نقده[(٢)].

وإنما قلنا: إنه ممنوع لنهيه ﷺ عن بيع العربان[(٣)] ولأنه من أكل المال بالباطل لأنه يذهب بغير عوض ولا على وجه الهبة والصدقة، وإنما هو ضرب من القمار، ووقوعه على الصفة الجائزة، فهو أن يجعل العربان على يد غير البائع وعلى يده مختومًا لئلا ينتفع به ثم يرده إن كره المشترى فيكون بيعًا وسلفًا، فإذا ختم عليه زال ما يخاف من ذلك ثم ينظر: فإن اختار الإمضاء احتسب به من الثمن أو الأجرة إن كان كراء، وإن كره استرجعه، فهذا جائز لأنه ليس فيه ما يقتضى المنع.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٥١) ح (٥٦).

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٦٣).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨١) ح (٣٥٠٢)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٢ ـ ٢١٩٣)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٠٩) ح (١).

فصل

الدَّين بالدَّين[١] ممنوع لنهيه ﷺ عن الكالئ بالكالئ[٢] وهو الدَّين بالدَّين، وذلك إذا كان من الطرفين مثل أن يحل له سلف من عروض على رجل فيجعلها ثمنًا لشيء آخر من سلم ينتقل إليه أو أن يسلم إليه في شيء بثمن معلوم يكون دينًا في ذمة المسلم للمسلم إليه، فهذا كله ممنوع، فأما فسخ الدين إذا حلَّ في عين بتأخر قبضها وتكون مضمونة على بائعها فمنعه مالك وابن القاسم وأجازه أشهب وغيره وذلك كثمرة يجتنيها أو سلعة غائبة أو دار يسكنها مدة أو ما أشبه ذلك، فوجه المنع أنه مفسوخ فيما لا يتنجز وما هو في ضمان الغريم، فأشبه أن يفسخ شيء في الذمة، ووجه الجواز أنه فسخ دين في عين كالمقبوض.

فصل

الوضع على التعجيل ممنوع منه، وصفته أن يكون على رجل دين لم يحل فيقول لصاحبه: تأخذ بعضه معجلاً وتبرئني من الباقي، فهذا غير جائز لأمرين: أحدهما أنه يدخله الربا إن كان في ذهب أو فضة أو طعام أو ما يحرم التفاضل فيه، والآخر أنه قرض يجر نفعًا، وروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت، وهو إجماع الصحابة وكذلك إذا عجل له بعضه قبل الأجل على إن أخره بالباقي زيادة على الأجل الأول لأنه ترك ذلك الأجل للتعجيل.

فصل

إذا باع ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع ووقف على إجازة المالك أو رده، وكذلك إذا اشترى له بغير إذنه، وفرق أبو حنيفة بينهما فأجاز في البيع ومنعه في الشراء[٣]، ومنعه الشافعي في الموضعين[٤]، فدليلنا على الشافعي حديث حكيم بن حزام وعروة البارقي:

---

(١) قال ابن عرفة: هو بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر، شرح حدود ابن عرفة (١/٣٤٨).

(٢) أخرجه الدارقطني: سننه (٣/ ٧١) ح (٢٦٩) والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٧)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٤٧٤) ح (١٠٥٣٦).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (٣/ ٧٥).

(٤) قال النووي: (فلو باع مال غيره بلا إذن ولا ولاية فقولان: الجديد بطلانه. والقديم أنه ينعقد =

أن النبى ﷺ دفع إليه دينارًا ليبتاع له شاة، فابتاع شاة ثم باعها بدينارين فابتاع بأحدهما شاة وجاء بالدينار الآخر إلى النبى ﷺ فأخذه وبارك له فى صفقته[1]، ولأنه عقد تمليك يفتقر إلى الإجازة، فجاز أن يقع موقوفًا عليها كالوصية، ولأنه تمليك لملك الغير بغير إذنه كالتصدق باللقطة، ودليلنا على أبى حنيفة: أن القبول أحد طرفى العقد فجاز أن يقف العقد على إمضائه كالإيجاب.

فصل

إذا اشترى عبدًا نصرانيًا جاز أن يبيعه من نصرانى لأنه مساوٍ له فى الدين كبيع المسلم من المسلم.

فصل

إذا اشترى نصرانى عبدًا مسلمًا ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يصح ويفسخ والأخرى أن العقد يقع ويجبر على بيعه.

فوجه الأولى: أن كل معنى إذا طرأ على ما يملكه النصرانى قطع استدامته فى حق المسلم، فإذا وجد ابتداء منع العقد، أصله النكاح لأنها إذا أسلمت تحته منع ذلك استدامة نكاحه، وكذلك وجود الإسلام يمنع ابتداء عقده عليها كذلك العقد على الرقبة.

ووجه الثانية: أنه قد ثبت له عليه ملك بوجه وهو أن يسلم فى ملكه فيباع عليه، وإذا كان كذلك لم يفسخ عقده عليه وبيع عليه، أصله إسلامه فى ملكه.

فصل

اختلف أصحابنا فى بيع ما أذن فى اتخاذه من الكلاب، فمنهم من قال: يكره، ومنهم من قال: يحرم.

ووجه الجواز ما روى: أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد أو زرع أو

= موقوفًا على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإلا لغى، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٥)، المهذب للشيرازى (١/ ٢٦٢).

(١) أخرجه البخارى: المناقب (٦/ ٧٣١) ح (٣٦٤٢)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٣) ح (٣٣٨٤)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٥٠) ح (١٢٥٨).

ماشية[1]، ولأنه جارح يصاد به كالبازى.

ووجه الحظر نهيه ﷺ عن ثمن الكلب، ولأنه حـيوان منهى عن اتخاذه إلا للضرورة كالسباع، وعلى من قتله قيمته لصاحبه خلافًا [للشافعى[2] لأنه حيوان يصح الانتفاع به والوصية به كالخيل والبغال ولأنه بهيمة يجوز الاصطياد به كالبازى][3].

فصل

لا يجوز بيع الزيت النجس ولا العذرة للتزبيل[4] لأنها عين نجسة كالدم.

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٩٧) ح (٢٢٣٧) ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٨) ح (٣٩/ ١٥٦٧)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٦٩) ح (١٢٨١)، ولفظه عند الترمذى.

(٢) قال النووى: (لو أتلف لغيره كلبًا أو خنزيرًا أوسرجينًا أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة لم تلزمه قيـمته بلا خلاف عندنا قال الماوردى: قال أصحابنا: لم يكن يعرف خلاف فى أنه لا قيمة على من أتلف كلـبًا معلمًا حتى قال به عظائم تابعه مالك)، مجموع شرح المهذب (٩/ ٢٢٨).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) الزبل بالكسـر السرفين والمزبلة ملقاه ومـوضعه وزبل زرعـه يزبله سمـده، القامـوس المحيط (٣/ ٣٨٧).

باب

البيع جائز بشرط الخيار [لقوله ﷺ في حديث حبان: «واشترط الخيار ثلاثًا»[١]][٢]، وقوله ﷺ: « المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»[٣]، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأمل ما يبتاعه واختياره فجاز ذلك.

فصل

يجوز أن يشترطه البائع والمشترى لقوله ﷺ: «واشترط الخيار ثلاثًا»[٤] ولم يفرق، ولأن الخيار وضع للتأمل والاختبار وكل واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر، فجاز اشتراط كل واحد منهما له.

فصل

فإن اشترطه أحدهما انفرد بالفسخ ولم يكن للآخر مقال معه، وإن اشترطاه معًا فقد تعلق الحق بهما فلا يسقط حق أحدهما إلا بإسقاطه له، ولا يثبت البيع إلا باجتماعهما على إجازة أو رد، فإن اتفقا على إمضاء أو فسخ كان لهما وإن اختلفا فاختار أحدهما الرد والآخر الإمضاء، فالقول قول المختار للرد لأن مختار الإمضاء قد أسقط حقه من الفسخ وبقى حق الآخر ولا يسقط بإسقاط غيره له.

فصل

خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم خلافًا للشافعي[٥] لقوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة:١]، ولأنه عقد معاوضة كالنكاح، ولأن كل خيار كان من مقتضى العقد جاز أن يبقى بعد الافتراق كخيار العيب وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق، فليس من

---

(١) أخرجه ابن ماجه: الأحكام (٢/٧٨٩) ح (٢٣٥٥)، قال في الزوائد: في إسناده محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد عنعنه، وانظر نصب الراية (٤/٧).

(٢) ما بين المعكوفين سقط (ب).

(٣) أخرجه البخاري: البيوع (٤/٣٨٥) ح (٢١١١) ومسلم: البيوع (٣/١١٦٣) ح (٤٣/١٥٣١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي (٥/ ٣٠)، روضة الطالبين (٣/٤٣٨).

مقتضى العقد كالخيار في إغلاء الثمن ورخص، ولأنه لو كان ثابتًا بمقتضى العقد لم يصح وقوع العقد على وجه لا يتصور فيه، فكان لا يصح للأب أن يشترى لابنه من نفسه لأن مفارقة الإنسان من نفسه لا تصح.

فصل

الخيار موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ، فإن اختار من له الخيار الإمضاء تَمَّ البيع وانبرم، وإن اختار الفسخ تبيّنا أن الملك لم ينتقل إليه، وأنه لم يزل على ملك البائع، وفى الحالتين فهو فى الحكم على ملك البائع وتلفه منه ما لم يتقرر من المشترى إمضاء خلافًا لمن يقول: إنه وضع للفسخ[1] وأن الملك قد انتقل بنفس العقد لأنه إيجاب لا يلزم البائع الثبوت عليه، فلم ينتقل الملك به على التجريد، أصله إذا وجب ولم يقل للمشترى: قبلت، ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق لأنه متعلق بشىء يقع فى المستأنف، فالمشترى يقبل إيجابًا غير محقق فلم ينتقل به الملك.

فصل

كل تصرف يفعله المالك فى ملكه لا يحتاج إليه فى اختيار المبيع، فإنه يعدُّ رضًا ممن له الخيار ويكون من البائع فسخًا، ومن المشترى إمضاء وذلك كالوطء والتقبيل واللمس للذة وكالهبة والصدقة بالمبيع والإعتاق والتدبير والكتابة، واختلف فى الإجارة والرهن [والسوم][2] بالسلعة: فعند ابن القاسم أنه اختيار لأنه تصرف من المالك لا يحتاج إليه فى اختيار المبيع وليس باختيار عند أشهب لأنه قد يفعل نيابة عن الغير، وتزويج الأمة اختيار وتزويج العبد وإسلامه فى صنعه اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب ، وجناية الخطأ ليست باختيار وجناية العمد اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب، و النظر فى هذا كله مع ابن القاسم والاستخدام ليس باختيار لأنه اختبار.

فصل

مدة الخيار متعلقة بما يمكن اختيار المشترى المبيع فى مثله، خلافًا لأبى حنيفة[3]

(١) وهو مذهب الحنابلة، انظر المغنى (٤/٦).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (التسوم) وما أثبتناه، من (ب).

(٣) قال الموصلى (ولا يجوز أكثر من ذلك)، الاختيار (٢/١٤)، الهداية للمرغينانى (٣/٣١).

والشافعي في قصرها ذلك على ثلاثة أيام[١] [لقوله ﷺ: «لكل مسلم شرطه»[٢]، وقوله: «إلا بيع الخيار»[٣] فأطلق، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يكون أكثر من ثلاثة أيام][٤] كالآجال لأنها مدة يحتاج فيها إلى اختبار المبيع كالثلاثة، ولأن الخيار موضوع لتأمل المبيع واختياره والمبيعات مختلفة في ذلك وفي قصرها على مدة محصورة إبطال لفائدته.

فصل

إذا مات مشترط الخيار من المتبايعين قام ورثته مقامه خلافًا لأبي حنيفة[٥]، لقوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ [النساء:١٢] فعم، ولقوله ﷺ: «من ترك ملكًا وحقًا فلورثته»[٦]، ولأنه خيار ثابت في عقد بيع كالخيار بالعيب، ولأن من ورث شيئًا ورثه بحقوقه كالدين بالرهن وخيار التعيين والرد بالعيب، ولا يلزم عليه الوطء لأن ذلك لا يتصور فيه على وجه.

فصل

إذا اختلف الورثة فأراد بعضهم الإمضاء وبعضهم الفسخ: فإما رضوا جميعًا أو فسخوا لأنهم يقومون مقام موروثهم ولم يكن له تبعيض الصفقة.

فصل

[لا فصل بين خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب في أن ذلك كله موروث][٧].

---

(١) روضة الطالبين (٣/٤٤٦)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ١١٠).

(٢) لم أجده.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) قال المرغيناني: «وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته»، انظر الهداية للمرغيناني (٣/ ٣٤)، الاختيار للموصلي (٢/ ١٥).

(٦) أصله عند البخاري ومسلم بلفظ «من ترك مالاً فلورثته» أخرجه البخاري: الفرائض (١٢/ ١١) ح (٦٧٣١)، ومسلم: الفرائض (٣/ ١٢٣٧) ح (١٤/ ١٦١٩).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

يجوز أن يتبايعا ويشترطا أو أحدهما رضا فلان أو اختياره يومًا أو أيامًا خلافًا لأصحاب الشافعي[١] لقوله ﷺ: «واشترط الخيار ثلاثًا»[٢] ولم يفرق، ولأن الخيار وضع لتأمل المبيع وحظ مشترطه، وقد لا يعرف ذلك فيشترطه لغيره ليُعرِّفه إياه.

فصل

إذا ثبت الخيار ويكون لمن اشترط له فهل يثبت [مع ذلك لمشترطه من المتبايعين أم لا؟ فيه خلاف قال ابن القاسم: يثبت][٣] الخيار للأجنبي وللبائع إن كان هو الذى اشترطه، فإن اختار الأجنبي ردًا أو إجازة وأباه البائع فالقول للبائع، وإن كان المشترى هو الذى شرط للأجنبي الخيار لم يثبت إلا للأجنبي فقط ولم يكن للمشترى أن يخالف عليه، وروى عنه أيضًا: أن لهما المخالفة عليه وهو قول ابن حبيب.

وإنما قلنا: إن شرط الخيار للأجنبي لا يلزم البائع لأنه لم يشترط له على وجه التمليك، ولكن على وجه تنبيهه وإرساله، ولأن الخيار للأجنبي فرع على ثبوته للبائع فيمتنع أن يثبت الفرع وينتفى به أصله. ووجه التفريق بين البائع والمشترى أن حال المشترى أضعف، لأن الإيجاب لا يتعلق بصفة والقبول يتعلق بها، فجعل أمره على التمليك والنظر التسوية بينهما لأنهما متساويان فى العقد وحقوقه، لا يختلف أصحابنا أن شرط مشاورة الأجنبي جائزة ولا يلزم المتبايعين لأنه اشترطها لنفسه لا لغيره.

فصل

إذا اختار مشترط الخيار أن يختار أو يفسخ فله، حضر الآخر أم غاب خلافًا لأبى حنيفة فى اشتراطه حضور صاحبه[٤]، لقوله ﷺ فى المصراة[٥]: «فهو بخير النظرين إن

(١) قال النووى: «فإن شرطه لغيرهما فإن كان الغير أجنبيًا فقولان: أحدهما: يفسد البيع وأظهرهما: يصح البيع والشرط، روضة الطالبين (٣/ ٤٤٨)، الحاوى الكبير (٥/ ٧١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٥)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٣).

(٥) التصرية: ترك اللبن فى الثدى ليعظم الضرع فيظن أن به لبن كثير. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ١١٥).

رضيها أمسكها وإن سخطها ردها»[١] ولم يفرق، ولأنه مختار للفسخ مع بقاء مدة الخيار كما لو حضر صاحبه، ولأنه معنى ينقطع به خياره فلم يفتقر إلى رضا الآخر كالإجارة.

فصل

إذا اشترطا الخيار ولم يضربا له مدة صح العقد وضرب للسلعة مدة تختبر في مثلها خلافًا لمن قال: إن البيع فاسد[٢]، لأن الإطلاق محمول على العرف فيصير كالمشترط في البيع كالحمولة والنقد.

فصل

لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لا إلى أجل قريب ولا بعيد لأن ذلك يضارع البيع والسلف، فيكون مرة ثمنًا إن اختار المشترى الإمضاء ومرة سلفًا إن اختار الرد، فإذا ثبت منعه فاشتراطه يفسد البيع لأنه شرط ينافي موجب العقد كما لو شرط ألا يملكه وإن لم يشترط وتبرع المشترى بالنقد جاز.

فصل

تلف المبيع في أيام الخيار من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما لأنه على ملكه لم يدخل في ضمان المشترى، فإن تلف في يد المشترى فتلفه منه، وإن كان مما يغاب عليه لأنه قبضه لمنفعة نفسه وعلى وجه المبايعة دون مجرد الأمانة، ولا يضمنه إن كان مما لا يغاب عليه لأن الظاهر أن هلاكه بغير صنعه، وأنه غير متعد بقبضه كالرهن.

فصل

إذا ابتاع من رجلين ثوبين بشرط الخيار فاختلطا ولم يتميز ألزمه البيع ولا خيار له لأنه لا يصل إلى رد ملك أحدهما عليه، فكان كالتالف.

فصل

اختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغابن الناس بمثله مثل أن يشترى أو يبيع مما

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٤٢٣) ح (٢١٥٠) ومسلم: البيوع (٣/١١٥٥) ح (١١/١٥١٥).
(٢) قال ابن قدامة: (الصحيح من المذهب أنه لا يصح وهو من مذهب الشافعى، المغنى لابن قدامة (٤/١٠٦).

يساوى ألف بمائة، فمنهم من نفى أن يثبت الخيار لمغبون منهما، ومنهم من قال: لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلع، وإن كانا أو أحدهما بخلاف ذلك فللمغبون الخيار.

فإذا قلنا: لا خيار له فلأنه نقص فى عين المعقود عليه كالقليل، ولأن المغبون مفرط لأنه كان يجب أن يوكل من يشترى له أو يبيع.

وإذا قلنا: له الخيار فلقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ [البقرة:١٨٨] وقوله ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»(١)، ونهيه عن إضاعة المال(٢)، وقوله: «لا ضرر ولا ضرار»(٣)، ولأنه نوع من الغبن فى الأثمان فجاز أن يتعلق به الخيار، أصله تلقى الركبان، ولأنه نقص بثمن المبيع والغبن فكان مؤثراً فى الخيار كالعيب.

---

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٣٩٥) ح (٢١١٧) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٥) ح (٤٨/ ١٥٣٣).

(٢) أخرجه البخارى: الاستقراض (٥/ ٨٣) ح (٢٤٠٨)، ومسلم: الأقضية (٣/ ١٣٤١) ح (١٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه: الأحكام (٢/ ٧٨٤) ح (٢٣٤٠ ـ ٢٣٤١)، ومالك فى الموطأ: الأقضية (٢/ ٧٤٥) ح (٣١)، وأحمد: المسند (١/ ٤٠٨) ح (٢٨٧٠)، وانظر نصب الراية (٤/ ٣٨٤).

باب

ومن أراد بيع سلعة له معيبة فعليه أن يبين ذلك ويُعلم المشترى به لأنه إن كتمه ذلك فقد غشه والغش ممنوع فى الدين.

وإنما قلنا: إنه غش لأن المشترى يدخل على مبيع سليم والبائع يعلم أنه لا يعلم بالعيب، وإنه لا يدرى إذا علم به هل يرضى أم لا، فإذا كتمه فقد غشه [ولقوله ﷺ: «ولا تصروا الإبل والغنم»[1]، فنهى عن التصرية لأنها غش وتدليس لأن المشترى يظن أن ذلك قدر حلابها، وروى أن رسول الله][2] ﷺ مر برجل يبيع طعامًا فسأله كيف يبيع فأخبره فأومأ إليه أن أدخل يدك فيه، فأدخل يده، فإذا هو مبلول فقال ﷺ: «ليس منا من غش»[1].

فصل

إذا ثبت أن ذلك ممنوع فلا يمنع صحة البيع خلافًا لمن ذهب إلى ذلك[4] لحديث المصراة، وقوله: «من ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[5]، فأثبت له الخيار فدل أن العقد صحيح، ولأن العيب ليس فيه إلا أنه نقص من المبيع، وذلك لا يوجب الفساد كما لو اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب فكانت تسعة.

فصل

إذا ثبت أن العيب لا يفسد العقد وإنه يوجب الخيار للمشترى فى أن يردّ ويرجع بالثمن أو يمسك ولا شىء له ما دام المبيع قائمًا بحاله لم يفت ولم يتغير لقوله فى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخرجه مسلم: الإيمان (١/ ٩٩) ح (١٠٢/١٦٤) بلفظ «من غشنا فليس منا»، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٠) ح (٣٤٥٢)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٤٩) ح (٢٢٢٤).

(٤) حكى هذا عن بعض أصحاب الإمام أحمد، انظر الشرح الكبير (٤/ ٨٥) لابن أبى عمر المقدسى.

(٥) تقدم تخريجه.

حديث المصراة: «فمن ابتاعها فهو بخير النظرين»[١] فأثبت له الخيار، ولأن المشترى إنما بذل الثمن ليحصل له المبيع سليمًا، فإذا أصابه معيبًا فلم يرض ببذل الثمن فى معيب، فكان له رده، وإن اختار رد البيع والرجوع بالثمن، فذلك له إن اختار إمساكه والرجوع بأرش العيب حتى يحصل السلعة المعيبة ببعض الثمن فليس ذلك له إلا برضى البائع.

وإنما قلنا ذلك لأن البائع دخل على أن يحصل له الثمن كله وتحصل السلعة للمشترى فلم يجبر على أن يحصل له بعض الثمن، ولأن المشترى لا يستحق الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشترى إلا برضاه، [وفى حديث المصراة «إن رضيها أمسكها][٢] وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[٣] ولم يجعل له إمساكها مع أخذ الأرش.

فصل

وإذا بذل البائع الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشترى إلا برضاه لقوله ﷺ: «فهو بخير النظرين»[٤]، فأثبت له الخيار وذلك ينفى الإجبار على أحدهما، ولأنه يقول: إنما بذلت الثمن لتحصل لى سلعة سليمة كما أن البائع دخل على أن له كل الثمن.

فصل

وإنما قلنا: إن ذلك جائز مع تراضيهما خلافًا لمن منعه[٥] لأن هذا الخيار قد سقط إلى مال لأن المبيع لو فات لكان للمبتاع الأرش فجاز إسقاطه الآن إلى مال كخيار القصاص، ولأن الجزء الفائت لما لم يعاوض عليه وجب له الرجوع بما قابله، فإذا تراضيا بذلك جاز، وكيفية الرجوع بالأرش أن ينظر إلى قيمة السلعة سليمة من العيب، فيقال: عشرون دينارًا فيقال: وكم تساوى مع العيب فيقال: ستة عشرة فيعلم أن العيب قد نقصها خمس قيمتها فيرجع على البائع بخمس الثمن، لأن ذلك فى مقابلة الجزء الفائت ولا يرجع بمقدار ما نقص من القيمة لأن المعاوضة إنما كانت بالثمن لا بالقيمة، وهذا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) لأبى حنيفة فى قوله: أن المشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده، الهداية (٣/ ٤٠)، والشافعى أيضًا قال النووى: (ليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويطالب بالأرش)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨٠).

كله إذا كان المبيع قائمًا بعينه لم يفت ببعض وجوه الفوت، فأما إن فات فليس له إلا أخذ الأرش لأن رده مع الفوت غير ممكن لأنه يوجب ألا يستبد المشترى بأخذ الثمن وألا يرجع المبيع إلى البائع وذلك غير جائز ونحن نذكر وجوه الفوت.

فصل

وهذا كله إذا لم يتصرف فيه بعد علمه بعيبه ولم يظهر منه بتركه، فإن تصرف فيه بعد العلم بالعيب مختارًا، فذلك رضًا منه بعيبه فليس له رد ولا أرش.

فصل

وإن تصرف مضطرًا مثل أن يشترى دابة معيبة ولم يظهر على عيبها إلا بعد أن يسافر بها، فلما علم عيبها لم يرض وأراد ردها ولم يجد بدًا من ركوبها أو حمل متاعه عليها فعل ذلك مضطرًا ففيها روايتان[1]:

إحداهما: أن ذلك مسقط لرده، والأخرى: أنه لا يسقطه، فوجه الأولى أنه تصرف مع العلم بالعيب كالتصرف مع الاختيار، ولأن ضرورته لا تمنع سقوط ردها إذا تعلق بذلك حق غيره لأنه إنما تصرف لحظ نفسه، ووجه الثانية أن المضطر فى حكم المكره ولو تصرف مكرهًا لم يسقط خياره، فكذلك مع الاضطرار.

فصل

إذا ابتاع رجلا عبدًا فوجدا به عيبًا، فإن اتفقا على رد أو إمساك فذلك لهما، وإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك، ففيها روايتان[2]:

إحداهما: أن لمن شاء منهما أن يرد وهو قول ابن القاسم، والأخرى: أنه لا يجب الرد مع اختلافهما وليس لهما تبعيض الصفقة على البائع وهو قول أشهب.

ووجه ثبوت الرد أنه بيع اجتمع فى أحد طرفيه عاقدان فلم يتعلق رد المعيب فى حق أحدهما برده فوجب فى حق الآخر، أصله إذا كان البائعان رجلين والمشترى واحدًا، ولأنه مبتاع وجد بما ابتاعه عيبًا فلم يرض به ولم يفت، فكان له رده من غير اعتبار بغيره، أصله إذا انفرد به، ولأن هذا العقد فى حكم الصفقتين بدليل أن جملة الثمن

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧١١).
(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٣١٤).

معلومة فى الجملة، وإن لم يعلم فى حق كل واحد منهما ولو كان فى حكم الصفقة الواحدة لم يصح.

ووجه سقوط الرد أن فيه تفريق الصفقة على البائع، وذلك إضرار به وخلاف لما دخل عليه، ولأنه رد لمبيع وجب لجماعة عن عقد بيع، فوجب أن لا يملك أحدهم رد ما يخصه إلا برد الباقين، أصله إذا ابتاع بالخيار شيئًا فمات فليس لورثته أن ينفرد أحدهم بالرد دون الآخرين.

فصل

إذا ادعى المبتاع أن بالمبيع عيبًا فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يعلم بالمشاهدة كالقطع وغيره من النقص فى البدن، أو أن لا يعلم بالمشاهدة كالسرقة والإباق والتزويج فى العبد والأمَة وما أشبه ذلك، فإن كان مما يعلم بالمشاهدة لزمه إيقاف البائع عليه ثم ينظر، فإن كان مثله لا يحدث عند المشترى ولا يكون إلا متقدمًا على وقت الشراء فله الرد ولا مقال للبائع لأنه قد ثبت صدقه، فإن ادعى البائع عليه الرضا فله أن يحلفه على ذلك إن لم يقم له بينة به، إن حلف المشترى ثبت له الرد وإن نكل ردت اليمين على البائع، فإن حلف سقط عنه الرد، فإن نكل ثبت للمشترى وإن لم يدَّع البائع على المشترى الرضا لم يكن له إحلافه ولزمه [رد][1] الثمن.

فصل

فإن كان مثله حادثًا مما يعلم أنه لم يكن فى ملك البائع وأنه لم يحدث إلا بعد البيع، فالقول قول البائع لأنه قد ثبت صدقه وكذب المشترى، فإن كان مما يمكن [حدوثه][2] عند البائع وحدوثه عند المشترى فالقول قول البائع مع يمينه لأن الأصل السلامة ولزم البيع والمشترى يدعى ثبوت خيار واستحقاق فلا يقبل ذلك منه إلا ببينة وإلا حلف وسقط عنه الحكم، فإن نكل حلف المشترى، ووجب له الرَّد، فإن نكل فلا شىء له وإن حلف رده على البائع هذا إذا كان العيب مشاهدًا والأيمان هاهنا على البت دون العلم لأنه يوصل إلى اليقين فيه.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٢) ثبت فى (ب) (وجوده).

فصل

وأما إن كان مما لا يعلم بالمشاهدة كالإباق والرقيق وغيره، فلا يقبل من المشترى إلا ببينة وإلا حلف البائع ثم كان الحكم على ما قدمناه.

فصل

فإن لم يظهر المشترى على العيب حتى تصرف فى البيع تصرفًا ينقص منه أو حدث به عنده عيب آخر، فإن البائع لا يخلو أن يكون دلس أو لم يدلس: فإن كان دلس، للمشترى أن يطالبه بالأرش [ويتمسك][1] بالسلعة أو يرد ويرجع بالثمن ولا شيء عليه فيما تصرف فيه أو حدث به عنده إلا أن يكون فى حكم ذلك المتلف فيكون ذلك فوتًا وذلك مثل أن يشترى ثوبًا [معيبًا][2]، فلا يعلم به حتى يقطعه قميصًا أو سراويلاً أو غير ذلك مما يستعمل فى مثله فله أن يرده ولا شيء عليه ولو مزقه أو أتلفه بتصرف الناس بمثله لم يكن له الرد وكان له الأرش، وإن كان المبيع عبدًا فتلف من ذلك العيب فللمبتاع الرجوع بالثمن ولا شيء عليه من تلفه، فأما إن كان البائع لم يدلس فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يأخذ الأرش وإن شاء أن يرد وما نقص.

فصل

وإنما قلنا: إن حدوث العيب عند المشترى لا يمنع الرد خلافًا لأبى حنيفة[3] والشافعى[4]، لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد من سلامة المبيع، فكان له الرد إذا لم يرض بالإمساك، أصله إذا لم يحدث عنده عيب، ولأن الرد أحد نوعى الخيار الواجب للمشترى بالعقد فلم يمنعه حدوث العيب عنده كالإمساك وأخذ الأرش، ولأنه نقص حدث بالمبيع فلم يمنع رده مع أخذ أرشه أصله حُلْبُ المصراة.

(١) ثبت فى (ب) (يمسك).

(٢) سقطت من (أ).

(٣) قال المرغينانى: (لأن فى الرد إضرارًا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالمًا ويعود معيبًا)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٤١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٤٨٢)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٥٧).

فصل

وإنما قلنا: إن له أن يمسك ويرجع بالأرش خلافًا لمن قال: ليس له إلا أن يرد[1]، لأن الرَّد حق له والأرش حق له فلم يجبر على أحدهما.

وإنما قلنا في التدليس: إن المشترى مخير إذا تصرف في المبيع تصرفًا يجوز مثله رده ولم يلزمه أرش لأن ذلك رضًا من البائع لأنه لما كتم العيب وهو يعلم أن المشترى يتصرف في المبيع، ولا يعد ذلك منه رضًا لأنه تصرف عن غير علم بالعيب، كان راضيًا به لأنه هو الذى سلطه عليه فلم يلزم المشترى أرش.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا قطعه بما لا يقطع مثله لم يكن له رده إلا مع النقص لأن البائع لم يسلطه على ذلك لأنه دخل على أن يتصرف فيه تصرف مثله المعهود، فإن تصرف فيه المشترى بمثل ما يتصرف في مثله فلا شيء عليه، لأن البائع سلطه عليه فإن خرج عن العادة لم يكن له رده إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على ذلك ولا رضى به.

فصل

[وإنما قلنا: إن العبد إذا مات من ذلك العيب فلا شيء على المشترى، فلأن البائع قصد أخذ مال المشترى بغير حق لأنه لم يوفه المبيع سليمًا بل دفع إليه ما لم يعاوض عليه، فإذا لم يرضه لم يلزمه تلفه لأنه على ملك البائع حتى يعلم رضا المشترى.

فصل

وإنما قلنا: إن البائع إذا لم يدلس فليس للمبتاع رد المبيع إذا تصرف فيه إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على التصرف][2] ولا رضى به فلم يلزمه قبوله إلا مع الأرش، وسواء في ذلك إذا كان لم يعلم بالعيب أو كان علم به وأنسيه.

فصل

وإذا وجد بالمبيع عيبان: أحدهما يعلم أنه قبل البيع، والآخر يمكن فيه الأمرين،

(١) قاله الأحناف، انظر الهداية (٣/ ٤١)، انظر الاختيار (٢/ ٢٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فالرد للمشترى بالأول واليمين عليه لأن الآخر لم يحدث عنده لأنه لم يكن مدعى عليه استحقاق الأرش.

فصل

موت العبد وزمانته[(١)] وهرمه[(٢)] الذى لا يبقى معه انتفاع به وعتقه وتدبيره وكتابته واستيلاد الأمة على ذلك فوت والأصل فيه أن كل ما يتعذر معه الرد فوت وكل هذا إتلاف منه مشاهدة ومنه من طريق الحكم، فأما البيع، ففيه ثلاث روايات:

إحداها أنه فوت ويرجع بالأرش على البائع وإن كان المشترى لم ينقص فى الثمن كان له الأرش، فإن كان قد نقص فالبائع الأول بالخيار إذا اختار أن يعطيه الأرش أو يكمل له رأس ماله.

والثانية: أنه لا شىء له إلا أن [يرده][(٣)]، والثانى: أو يرجع إليه بشراء أو هبة أو غير ذلك وما لم يرجع إليه أو يرده الثانى فلا شىء له على الأول.

والثالثة: أنه إن كان نقص لأجل العيب رجع بقدر ما نقص على البائع، وإن لم ينقص فلا شىء له إلا أن يرجع إليه.

فوجه الأولى: أن المبيع إخراج له عن الملك، فكان فوتًا كالعتق والصدقة، وإنما قلنا: إنه إن كان قد نقص فالبائع الأول مخير بين إعطائه الأرش وتكميل رأس المال، لأن ردَّه غير ممكن، والذى يلزم البائع تخليصه من العيب بأى الأمرين شاء ورجحنا فى التخيير لأن جنبته أقوى بتعذر الرد.

ووجه الثانية: وهى أنه لا شىء له إلا أن يرد عليه أو يرجع إليه أن الرد غير ميئوس منه، فلم يكن فوتًا كالرهن والعارية، فإن عاد إليه كان له ردُّه لإمكان الرد بعد عوده.

ووجه الثالثة: أنه إذا لم ينقص فلإطلاقه بينه وبين البائع ولا سيما مع تعذر الرد، [والأقيس][(٤)] من هذا كله أن يكون له الأرش لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد بالجزء الفائت عنده.

---

(١) قال الفيروزآبادى: الزَمِن من أصابته العاهة. وأتى عليه الزمان، القاموس المحيط (٢٣٢/٤).
(٢) أى: كبره، القاموس المحيط (١٨٩/٤).
(٣) ثبت فى (أ) (يزده).
(٤) ثبت فى (أ) (وإلا فليس).

فصل

الإباق فوت[١] خلافًا للشافعي[٢]، لأن رده يتعذر معه ويجعله في حكم الميئوس منه، ولأن الإباق يوجب له القيمة في العيب وكذلك يجب أن يكون له الأرش في العيب.

فصل

وطء المشترى للثيب لا يمنع الرد ولا يوجب عوضًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يمنع الرد[٣] لأن الفوت هو تلف المبيع أو تغير بدنه أو عينه أو أن يعقد عليه عقدًا يخرجه عن الملك لا سبيل إلى رده وكل هذا معدوم لأنه استمتاع كالقُبْلة والوطء فيما دون الفرج، ولأنها وطئت فى ملك المبتاع كوطء الزوج والإكراه، وخلافًا لابن أبى ليلى فى قوله: إنه يردها ومعها مهر المثل[٤]، لأنه وطء ملك فلم يستحق عليه عوض به، أصله إذا فاتت، ولأنه لم ينقص شيئًا منها كالاستخدام.

فصل

وطء البكر لا يمنع الرد خلافًا للشافعي[٥]، لما بيناه أن حدوث العيب لا يمنع الرد وليس الافتضاض بأكثر من قطع بعض الأعضاء، وإذا ثبت أن له أن يرد، فإنه يردها وما نقصها كسائر العيوب.

فصل

قد بينا أن الرد واجب للمشترى إذا كان المبيع على حاله لم ينم فى يد المشترى ولا نقص ولا تغير عن صفته، وسواء دلس به البائع أو نسيه، وبينا أنه إذا حدث به عيب

---

(١) أى: عيب

(٢) قال الشيرازى: (وإذا وجد العبد أبخر أو أقرع أو زانيًا أو سارقًا أو آبقًا ثبت له الرد لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها)، المهذب (١/ ٢٨٦).

(٣) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٥١٧)، (٢/ ٢٥)، الهداية (٣/ ٣٣).

(٤) ذكره ابن أبى عمر المقدسى فى الشرح فقال: (وقال شريح والشعبى والنخعى وسعيد بن المسيب وابن أبى ليلى يردها ومعها أرش)، الشرح الكبير مع المغنى (٤/ ٨٨).

(٥) قال الماوردى: (إذا كانت الجارية المعيبة بكرًا فافتضها المشترى وأذهب بكارتها ثم وجدها معيبة فأراد ردها لم يكن ذلك له لأن إذهاب البكارة نقص فيها من وجهين. أحدهما: فى البدن، والثانى: فى الثمن، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٤٧).

عنده، فإن ذلك لا يمنع الرد ويرد معه ما نقصه العيب، فأما إذا نما فإنه لا يخلو النماء أن يكون منفعة أو عينًا، فإن كان المنفعة مثل استخدام العبد وسكنى الدار أو إجارتها أو ركوب الدابة وما أشبه ذلك، فإن هذا لا يمنع الرد بالعيب ولا شيء على المشترى فيما استعمل أو استعان ولا يلزمه رد شيء لأجله لأن هذا خراج والخراج به الضمان.

والأصل فيه ما روى ابن أبى ذئب عن مخلد بن خفاف أنه ابتاع غلامًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا فقضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته، فأخبره عروة عن عائشة أن النبى ﷺ قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان، فرد عمر قضاءه وقضى لمخلد بردِّه الخراج إليه[1] ولا خلاف فى ذلك أعلمه.

فصل

فأما إن كان النماء عينًا فإنه يختلف، أما ولادة الأَمَة ونتاج الماشية، فإنما ترد مع الأمهات وثمرة النخل بخلاف ذلك يرد أصل النخل ولا يرد الثمرة، [وقال أبو حنيفة: الولادة والنتاج والثمرة يبطل الرد ويوجب الأرش[2]، لأن هذه الأشياء عنده عيوب وحدوث العيب يمنع على أصله الرد][3]، وقال الشافعى: يرد الأصل وحده فى ذلك كله ولا يرد الفرع[4].

فدليلنا على أبى حنيفة: أنه نماء يحدث فى يد المشترى بعد العقد، فلم يمنع الرد بالعيب، أصله الغلة والكسب، ولأن أكثر مافيه أن يكون عيبًا وقد بينا أن العيب لا يمنع الرد، ولأنهم قد وافقونا أن العبد إذا أفاد عند المشترى مالاً بهبة أو التقاط أو ركاز، فإن ذلك لا يمنع الرد بعيب إذا وجد به، وكذلك ولادة الأَمَة لأنه لو كان منفعة لم يمنع الرد، فكذلك إذا كان عيبًا كنماء العبد.

ودليلنا على الشافعى فى قوله: إن الولد لا يرد أن الأصول موضوعة على كل حكم

---

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٢) ح (٣٥٠٨)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٧٢) ح (١٢٨٥) وقال: حسن صحيح. والنسائى: البيوع (٧/ ٢٢٣) ح (باب الخراج بالضمان).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال النووى: (الزيادة المتصلة كالسمن والتعليم وكبر الشجرة فهى تابعة للأصل فى الرد ولا شيء على البائع بسببها، أما المنفصلة، كالأجرة والولد والثمرة وكسب الرقيق ومهر الجارية الموطوءة بشبهة فلا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشترى)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٣).

لزم فى رقبة الأم، فإن الولد يتبعها فيه كولد أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل وقد ثبت أن حكم الرد لازم فى رقبة هذه الأم المبيعة من وقت البيع، فيجب أن يكون ما يحدث من ولد وحكمه حكمها فيه لأنه حدث بعد استقرار وجوب الرد، ولا يشبه الثمرة إذا حدثت عنده لأنها خراج وغلة لأنها ليست كخلق الأصل، والولد ليس بخراج فإن كانت الثمرة فى النخل وقت الشراء ردها مع الأصل.

فصل

إذا ابتاع أصل النخل وفيها ثمر، فإن كان لم تؤبر فهو للمبتاع ، وإذا أراد رد الأصل كان حكمه حكم ما حدث عنده، فإن كان قد أبر لزمه أن يرده مع الأصل عند ابن القاسم لأنه إذا أبر فليس بيع بل كان واجبًا للبائع إلا أنه جعل للمبتاع اشتراطه رفقًا به فسقط حق الثمر.

وعند أشهب لا ترد الثمرة مع الأصل أبرت أو لم تؤبر لأنه بيع وغلة، فإن كان المشترى قد سقاها وأنفق عليها لزم البائع أن يعطيه ذلك كما لو سقها أجنبى هذا إذا كانت [الثمرة][1] قائمة، فأما إن كانت [الثمرة][2] قد فاتت نظر، فإن كان بغير فعل منه فله أن يرد الأصل ولا شىء عليه كولد الأمة الحادث بعد العقد إذا مات، ومال العبد مشترط معه إذا تلف أن له أن يرد الأمَة والعبد ولا شىء عليه، وإن أتلفها هو بأكل أو بيع فإنه يرد مثل مكيلتها عند مالك لأنها قد أخذت قسطها من الثمن، وله أجر السقى والعلاج لأنها كملت بسقيه، وعند أشهب أنها غلة [لا ترجع][3] مع الأصل اعتبارًا بما لم يؤبر، فأما إذا ابتاع غنمًا فجزٍّ أصوافها فينظر: فإن كان حين ابتاعها كان عليها صوف تام فجزه فإنه يرده معها لأنه قد دخل فى البيع، وإن كان حدث عنده فليس عليه أن يرده معها سواء كان بيده أو قد فات هذا كله على قول ابن القاسم.

فأما أشهب فإنه يقول: لا يرد ذلك سواء كان موجودًا يوم الصفقة أو حدث بعدها لأن تبع ولغو، فأما الألبان والسمون فإنها للمبتاع لأنها غلة فإن كان موجودًا يوم العقد لم يلزم شىء إذا رد عند ابن القاسم وأشهب لأنه بيع غير [مقصود][4] بالبيع، وإذا ابتاع

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) (لا ترد).

(٤) ثبت فى (ب) (معقود).

عبداً وشرط ماله رده معه فى العيب وليس له انتزاعه لأنه ليس بغلة ولا خراج، وإن تلف عنده فلا شىء عليه وحكم ما أفاد من مال عند المشترى ما كان معه يوم العقد.

فصل

الذى يوجب الرد من العيوب: كل عيب ينقص الثمن ويؤثر نقصاً فى المبيع أو يخاف عاقبته، وذلك كالجنون والجذام[١] والبرص[٢] والعنين[٣] والخصاء والإفضاء والدفر[٤] وبياض الشعر والبخر[٥] والإباق والزنا والسرقة وما أشبه ذلك، ومنه ما يختص بالرائعة والمرادة للوطء كالحمل وغيره مما ذكرناه، ومنه ما يعم كالجنون وغيره بحسب ما يعلم من العادة فيما تراد له الجارية أنه يؤثر فيه وينقص الثمن لأجله أم لا، فأما عدم الخفاض فعيب فى رقيق العرب لأن العادة أنهم يخفضون وليس بعيب فى رقيق العجم لأنه يعلم أنهم لا يفعلونه وهذا مما يخص.

فصل

إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشترى نظر: فإن كان مما تتقى عاقبته فله رد العبد به، وذلك كالزوجة فى العبد والزوج فى الأَمَة، فإن الطلاق لا يسقط الرد فيهما، وكذلك ما أشبهه مما لا يؤمن عوده أو ضرره، وأما ما يؤمن ذلك فيه، فإذا زال فلا رد له كالدين إذا قضاه ولم يكن فى [سفه].

(١) مرض يقطع الأنامل والأطراف، القاموس المحيط (٤/٨٨).
(٢) هو بياض يظهر فى ظاهر البدن لفساد مزاج، القاموس المحيط (٢/ ٢٩٥).
(٣) هو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه، مشتق من عنَّ الشىء إذا اعترض قال الجوهرى: رجل عنين لا يشتهى النساء بين العنَّة، المطلع (ص/٣١٩).
(٤) الدفر هو النتن، القاموس المحيط (٢/ ٣٠).
(٥) نتن الفم، القاموس المحيط (١/ ٣٦٩).

باب

إذا اشترى عبدًا أو أمة فعهدته ثلاثة أيام بلياليها، فما أصابه فيها من حدث فمن البائع وإن شاء المشترى أخذه بعيبه بجميع الثمن له ذلك ثم له عهدة السنة بعد عهدة الثلاث من ثلاثة أدواء وهى: الجنون والجذام والبرص، فما حدث به من ذلك فى السنة فالخيار للمشترى فى إمساكه أو رده فإن تلف منها كان من البائع، وهذا لما كان أهل المدينة يجرون أمرهم عليه واشترطوها فى إبلهم ثم يبيتوا عليه، ولذلك قال مالك: لا يحمل عليها أهل الأمصار إلا أن يشترطوها، والكلام فيها إنما هو على تقدير بقاء ذلك اليوم بالمدينة ولو كان العرف جاريًا به فى بلادنا.

وقال أبو حنيفة[1] والشافعى: كل عيب حدث بعد قبض المشترى، أى عيب كان فهو منه[2]، ودليلنا ما روى الحسن عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام»[3]، وروى قتادة عن الحسن عن النبى ﷺ: «لا عهدة بعد أربع»[4]، ولأن ذلك إجماع أهل المدينة نقلاً لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم فى العهدة فقال: ما أجد لكم شيئًا أوسع مما جعل النبى ﷺ لحبان بن منقذ، فإنه جعل له عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى إن رضى أخذه وإن سخط ترك[5].

وقال محمد بن يحيى بن حبان: ما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمر: «وأنت بالخيار ثلاثًا»[6]، وروى مالك عن عبد الله بن أبى بكر: أن أبان بن عثمان، وهشام بن إسماعيل كان يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الثلاثة الأيام من حين يشترى العبد أو الوليدة[7]، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبى

(١) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٩).

(٢) المهذب للشيرازى (١/ ٢٦٠).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٢) ح (٣٥٠٦)، والدارمى: البيوع (٢/ ٣٢٦) ح (٢٥٥١)، وأحمد: المسند (٤/ ١٨٨) ح (١٧٣٩٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٥٤) ح (٢٢٤٥)، من طريق يونس بن عبيد، عن الحسن، عن عقبة بن عامر به، وأحمد: المسند (٤/ ١٧٧) ح (١٧٢٩٨).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٥٠) ح (١٠٤٦٢)، والدارقطنى: سننه (٣/ ٥٤) ح (٢١٦).

(٦) أخرجه الدارقطنى: سننه (٣/ ٥٤) ح (٢١٧)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٢٢).

(٧) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦١٢) ح (٣).

الزناد، والزهرى ورووه عن المشيخة السبعة، فـأما عهدة السنة من الأدواء الثلاثة، وإنها تكمن فى البدن فتظهـر فى السنة، فإذا ظهرت قبل كمـال السنة علم أن أصلها كان عند البائع، وإذا حدثت بعده علم أنها حدثت فى ملك المشترى.

فصل

اختلف قول مالك فى البيع بشرط البراءة[١] فعنه فيه ثلاث روايات.

إحداها: أنه جـائز ويبرأ من كل عيب لم يعلـمه ولا يبرأ مما علمـه وكتمه واشـترط البراءة منه، وهذا فى الرقيق دون غيره من الحيوان والعروض، وهذه الرواية هى المعتبرة وعليها النظر.

الثانية: أن ذلك جائز فى الرقيق وسائر الحيوان.

والثالثة: أن بيع البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا مما[٢] يقف المشترى عليه ويريه إياه.

فوجه القول بأن شرط البـراءة جائز قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، ولأن ابن عمر باع غلامًا له بثمان مائة درهم بالبراءة فقال المبتاع: به عيب لم تسمه، فقال ابن عمر: «بعت بالبراءة فاخـتصما إلى عثمان فقضى عليه أن يحلف لقـد باعه العبد وما به داء يعلمه»[٣] موضع الدليل[٤] أن ابن عمر باع بالبراءة ولـم ينكر عليـه عثمان، وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيب لا ينفع ولم يخالف عليـه أحد، ولأنه شرط البراءة من عيب لم يدلس به ولا كتمه فأشبـه إذا أراه إياه، ولا يدخل عليه العروض لأنا اعتللنا للجواز فى الجملة.

فصل

ودليلنا على أنه لا يبرأ مما علم خلافًا لأبى حنيفة[٥]، لقوله ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»[٦] وهذا موجـود فى مسألتنا، ومـا رويناه من حديث عـثمان وابن عـمر، ولأنه

(١) عرفها ابن عرفة فقال: (ترك القيام بعيب قديم)، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٧١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٣٣٥).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦١٣) ح (٤)، وانظر تلخيص الحبير (٣/ ٢٧) ح (٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٤٦).

(٦) تقدم تخريجه.

عيب وجد بالمبيع لم يوجد رضًا به ولا إبراء لبائعه على أنه عالم به، فلم يلزم المشترى، أصله إذا لم يشترط البراءة منه.

فصل

ووجه التفرقة بين الرقيق وغيره من الحيوان: أن الرقيق يقدرون على إخفاء ما بهم من العيوب وكتمانه، فلا يصل المالك إلى علم ذلك فجُوِّز له البيع بالبراءة للأمارة الدالة على صدقه فى عدم علمه بعيب إن كان به وسائر الحيوان بخلافهم لأنه لا قدرة فيها على كتم عيوبها، فالبائع والمشترى يتساويان فى ذلك، فلم يجز له البيع بالبراءة إلا ما يسميه له.

ووجه التسوية بينهما: أن العيب قد يخفى ويستتر فى الحيوان، فلا يكاد يقف عليه إلا أهل الطب والبياطرة، فجاز للمالك بيع البهيمة بشرط البراءة كجوازه فى الرقيق.

ووجه قوله: أن شرط البراءة لا يبرأ مما يوجد فيها بعد نهيه ﷺ عن بيع الغرر[١] وهذا منه، ولأن شرط البراءة معنى يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح مع الجهالة وإمكان التحرز فى الغالب أصله الأجل، ولأن منع ذلك حسم للباب، ولأنه إذا وجد بالمبيع عيب أمكن أن يكون عالمًا به فيجحد فيصير ذلك طريقًا إلى نفوذ حكم التدليس على المشترى وإلزامه إياه والأول أصح.

فصل

شرط البراءة من الحمل جائز عندنا فى الوخش[٢] والتى لا تراد للوطء وغير جائز فى المرتفعات[٣] إلا فى الحمل الظاهر[٤]، والفرق أن ذلك فى المرتفعات غرر، لأن الأمة المرتفعة المتخذة للتسرى المرغوب فيها للحسن والجمال ينقص الحمل ثمنها ويضعها وضعًا بينًا وربما أتى على معظم قيمتها، فإذا لم يكن ظاهراً فإن البائع والمشترى يدخلان على غرر ظاهر لأنها إن لم تكن حاملاً فقد وضع البائع حقه خيفة أن تكون حاملاً، وإن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الوخش الردىء من كل شيء ورذالُ الناس وسقاطهم، ولعل المصنف يقصد به هذا النوع من الرقيق، القاموس المحيط (٢/ ٢٩٢).

(٣) الجارية المرتفعة هى التى تراد للوطء.

(٤) المدونة الكبرى (٣/ ٣٣٦).

كانت حاملاً فالمشترى قد دفع الثمن رجاء أن لا تكون حاملاً وكل ذلك غرر، ولأن السنة مع الجوار على المواضعة، وعليه مضى السلف: إذا ظهر الحمل زال الغرر ودخل كل واحد على بصيرة وعلم ما يزيده فى الثمن وينقصه، ولأنه لا موضع حينئذ للمواضعة، فأما الوخش فإن الحمل لا يضع منهن ولا يبطل شيئًا من أثمانهن بل لعله يزيد فيها، فجاز شرطه البراءة منه لقلة الغرر فيه.

فصل

العبد يملك عندنا خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لقوله تعالى: ﴿**وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله**﴾ [النور:٣٢]، والفقر والغنى من صفات المالكين لأن من لا يصح عليه الملك لا يصح وصفه بالغنى ولا بالفقر، وقوله: ﴿**أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعامًا فهم لها مالكون**﴾ [يس:٧١]، فالمقصد من هذا التنبيه على الصانع تعالى وعمومه الحر والعبد كما أن التنبيه عام فيهما، وقوله ﷺ: «من باع عبدًا وله مال»[3]، وهذه لام التمليك، فهى محمولة على حقيقتها، ولأنه آدمى حى كالحر، ولأن الرق حال من أحوال الآدمى الحى فصح أن يملك معها كالحرية، ولأن المملوكات ضربان: أعيان، ومنافع، وقد ثبت أن العبد يملك المنافع كوطء زوجته وغير ذلك، فكذلك الأعيان، ولأن من صح أن يملك فى حال صح أن يملك فى كل حال اعتبارًا بالحر عكسه البهائم لما لم يصح أن تملك فى حال لم يصح أن تملك فى كل حال.

فصل

إذا ثبت أنه يملك فإن ملكه ناقص غير تام ولا مستقر، ليس له أن يتصرف فيه إلا بإذن سيده، ولسيده انتزاعه منه ما لم يتعلق به حق للغير على ما نذكره فى باب المأذون،

(١) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٣٣).

(٢) قال الماوردى: (لا خلاف بين الفقهاء أن العبد لا يملك بالميراث ولا يملك ما لم يملكه السيد واختلفوا هل يملك إذا ملكه السيد مالاً أم لا؟ فقال مالك وداود وهو قول الشافعى فى القديم: إن العبد يملك المال بتمليك سيده حتى يجوز له أن يشترى ويتصرف فى المال كيف يشاء وقال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد: إن العبد لا يملك المال. وإن ملكه سيده ولا يجوز أن يشترى ولا يتصرف فيما بيده إلا بإذن سيده، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٦٥).

(٣) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/ ٦٠) ح (٢٣٧٩) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٧٣) ح (٨٠/ ١٥٤٣).

فإن باعه السيد وله مال: فإن شرطه المبتاع لكان للعبد بالشرط، وإن سكت عن ذكره فهو للبائع لقوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[١]، وسواء كان عينًا أو عرضًا، ثم يكون المشترى فيها كالبائع إن شاء أقره فى يده وإن شاء انتزعه، وله أن يطأ بملك اليمين إذا وهبه السيد أمة أو أذن له فى ابتياعها.

فصل

ومال العبد تابع له فى العتق إلا أن يشترطه المالك لقوله ﷺ: «من أعتق عبداً فماله له إلا أن يستثنيه سيده»[٢]، فاختلف عنه فى الوصية والهبة فعنه فيه روايتان[٣]:

إحداهما: أنه للواهب، والأخرى: أنه تابع للعبد، وإنما اختلف ذلك لاختلاف التعليل فى البيع والعتق: فمن أصحابنا من علل البيع بأنه عقد معاوضة، فلذلك كان مالك العبد لمن خرج عن ملكه وعلل العتق بأنه إخراج الملك عن غير عوض، فلذلك كان مال العبد تابعًا له، فعلى هذا يجب أن يكون فى الوصية والهبة المال للعبد دون الموصى والواهب، لأنه خروج مالك من غير عوض كالعتق، ومنهم من علل البيع بأنه خروج ملك إلى مالك [والعتق بأنه خروج ملك إلى غير مالك][٤]، فعلى هذا لا يكون فى الهبة والوصية تابعًا للعبد لأنه خروج ملك إلى مالك.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود: العتق (٤/ ٢٧ - ٢٨) ح (٣٩٦٢)، وابن ماجه: العتق (٢/ ٨٤٥) ح (٢٥٢٩)، والدارقطنى: سننه (٤/ ١٣٣) ح (٣١).

(٣) انظر الموطأ (٢/ ٦١١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

لا يجوز التفرقة بين الأَمَة وولدها فى البيع، ويفسخ ذلك إن وقع خلافًا لأبى حنيفة[١]، لقوله ﷺ: «لا توله والدة عن ولدها»[٢]، وقوله ﷺ: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[٣]، ولأنه بيع منع منه لحق الله تعالى فى أحكام المبيع، فكان باطلاً أصله بيع الخمر.

فصل

فإن أجاب المشترى إلى الجمع بينهما فلا يجوز البيع أيضًا لأن المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يسقط بإسقاط الآدمى، وفى حد التفرقة روايتان: الإثغار[٤] لأنه يستقل عن ذلك بنفسه ولا يستضر بفراق أمه كالاحتلام، والأخرى البلوغ لأنها حال صغر اعتباراً بما قبل الإثغار.

فصل

ويفرق بينه وبين الأب لأنه لا يستضر الطفل بمفارقة الأب كاستضراره بمفارقة الأم، ولأن الأم أولى بذلك لأن حق الحضانة يثبت لها دون الأب.

فصل

لا يفرق بين الأمَة المسبية وبين ولدها لعموم الأخبار، ولأن المعنى فى المسبية وغيرها سواء، ويقبل قولها فى أنه ولدها لأنه لا ضرر عليها فى ذلك إلا فى التوارث فلا يقبل.

---

(١) لأن هذا من البيوع المكروهة فقط عند أبى حنيفة، انظر الاختيار (٢/ ٣٣)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٠).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٨) ح (١٥٧٦٧)، وانظر نصب الراية (٣/ ٢٦٦).

(٣) أخرجه الترمذى: البيوع (٣/ ٥٧١) ح (١٢٨٣) وقال: حسن غريب، وأحمد: المسند (٥/ ٤٨٣) ح (٣٥٧٤).

(٤) الثغر: الفم أو الأسنان أو مقدمها وثَغَر أى نبتت أسنانه، القاموس المحيط (١/ ٣٨٢).

باب

التصرية عيب وتدليس إذا قصد به البائع التدليس، والمصراة هى: الشاة أو الناقة أو البقرة يجمع اللبن فى ضرعها ليعظم فيظن المشترى إذا حلبها أن ذلك قدر حلابها، والتصرية فى اللغة الجمع، قال: صريت الماء فى الحوض إذا جمعته[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿فأقبلت امرأته فى صرة﴾ [الذاريات:٢٩]، قيل: جمع من النساء[2]، فمن ابتاع مصراة ثم علم بذلك بحلابها فهو بالخيار إن شاء أمسكها بعيبها وإن شاء ردها ورد صاعًا من تمر للبن الذى حلبه منها، وقال أبو حنيفة: ليست التصرية بعيب ولا يثبت بها حق رد واللبن الذى فى الضرع لا قسط له من الثمن[3].

ودليلنا أنها عيب قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو خير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[4]، ففيه أدلة: أحدها أنه نهى عنه، فدل على أنها تدليس، والثانى: أنه أثبت للمبتاع الخيار، والثالث: أنه أوجب عليه إذا ردها صاعًا من تمر وعندهم لا يجب، وفيه دليل على أن اللبن يأخذ قسطًا من الثمن، ولأن قيمة الشاة التى تحلب عشرة أرطال أكثر من قيمة الشاة التى تحلب خمسة أرطال والرغبة فى إحداهما أزيد فصارت التصرية تدليسًا بالعيب، فكان للمشترى أن يرد، ولم يمنعه الحلب من الرد كما لو ابتاع ثوبًا، وقد دلس البائع فيه فلم يعلم حتى قطعه لكان له الرد.

فصل

إذا ابتاع شيئًا فاسدًا فسخ البيع ورد الثمن على المبتاع: فإن تلف فى البائع فتلفه منه لأنه على ملكه لم ينتقل عنه، فإن قبضه المبتاع وتلف في يده فضمانه منه لأنه لم يقبضه على الأمانة، وإنما قبضة لشبهة العقد فضمنه، فإن كان مما له مثل ضمنه بمثله، وإن كان مما لا مثل له ضمنه بقيمة يوم القبض لا يوم العقد لأنه لم يضمنه بالعقد فيعتبر يوم

(١) القاموس المحيط (٢/ ٦٨).
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٩/ ٦٢١٦).
(٣) ذكره فى الفتاوى الهندية (٣/ ٧٢ ـ ٧٣).
(٤) تقدم تخريجه.

العـقد، وإنما يضـمن يوم العقـد ما يكون عـقده صـحيـحًا لا فاسـدًا، وإن كان المبـتاع [استغله][(١)] واستخدمه لم يلزمـه شيء لذلك، لأن الضمان منه فكان الخراج له، والعتق فوت لأنه لا يمكن رده معه لأنه ينفـذ فى شبهة العقد كنفوذه فى العقـد الصحيح لقوته وتغليبـه، وحوالة الأسواق فوت لأن فـيه ضررًا على البائع أن تؤخـذ السلعة منه وهى تساوى مائة وترد عليه وهى تساوى عشرين، والعيوب فى البدن فوت أيضًا.

وقد اختلف [أيضًا][(٢)] عنه هل هذا حكم جميع المبيـعات الفاسدة أو حكم نوع منها، فعنه فى ذلك روايتان.

إحداهما: أنه حكم جميعـها وهى رواية ابن نافع، والأخرى أنه ما اتفق على فساده وتحريمـه كالربا والغـرر وغيـر ذلك، فأمـا ما اخـتلف فى تحريمـه فإنه إذا مـات أمضى بالثمن.

فوجه الأولـى: أنه مبيع فاسـد كالربا، ولأن الاتفاق لا مزية له على الاخـتلاف فى الحكم بفساد العقد ما لم يفارق الاختلاف حكم الحاكم.

ووجه الثانية: أن الاختلاف يقتضى شبهة للقابض، فكان الثمن أولى من القيمة لأن الثمن متـفق عليه مع الشبهـة التى ذكرناها، وكان الفوت مـشبهًا بحكم الحاكم بصـحته والأول أقيس.

فصل

البيع جائز مساومة ومرابحة، فالمساومة: ألا يخبر برأس ماله بل يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافـقه المبتـاع عليه من مقـدار الثمن، والمرابحـة: أن يخبر برأس مـاله، ويلتمس الربح على حساب معلوم مثل أن يقول: رأس مالها مـائة ويبيعها بربح كل عشرة واحدًا أو اثنين أو غير ذلك مما يلتمسه، وكل جائز لقوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة:٢٧٥] ولأن الغرض أن يكون الثمن معلومًا، فـعلى أى وجه أوقعه جاز، وإذا ثبت هذا فقد ينفرد رأس المال من شيء يتـبعه وقد ينضم إليه شيء يتبعه كـالقصارة والخياطة والصبغ والـطى والشد والسمـسرة والكراء وغـير ذلك، فإن انفـرد رأس المال عن شيء

(١) ثبت فى (أ) استعمله.

(٢) سقطت من (ب).

[يتبعه][(١)] لم يلزم سواء وما قدر من الربح له، وإن انضم إليه شيء من ذلك لم يخل من أحد أمرين:

إما أن يخبر [البائع][(٢)] برأس المال وما لزمه ويشترط ضمه إلى رأس المال وطلب الربح للكل، فهذا يكون له ما اشترطه، لأن المشترى قد رضى بذلك، وكأن البائع قال ابتداء: لا أبيعها إلا بكذا فرضى المبتاع فيجوز.

وأما أن يطلق العقد ويسكت عن اشتراط ضم هذه التوابع إلى رأس المال وعن اشتراط ربح لها، فهذا ينظر فيه: فيضم إلى رأس المال كل ما له عين قائمة فى المبتاع مثل القصارة والخياطة والصبغ والطرز، ويحسب لها بقسطها من الربح لأنها جارية مجرى أصل المبتاع، وما عدا ذلك من شد وطى وسمسرة، فلا يضم إلى رأس المال فلا يحسب له ربح لأنه ليس بمؤثر فى المبتاع ولا المبتاع مضطر إليه حتى يمكن حصوله إلا به لأن التاجر يفعله ترفيهًا لنفسه عن التعب، فليس له أن يلزم بذلك المبتاع مؤنة زائدة إلا أن يعلم أن شراء ذلك المتاع لا يمكن أن يتولاه من يشتريه إلا بوسيط وسمسار، والعادة جارية بذلك فيحسب فى رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه ليست له عين قائمة مؤثرة فى المتاع، ويحسب نقل المتاع من بلد إلى بلد، [فأما كراء المنزل][(٣)]، فإن كان التاجر اكتراه ليسكنه ويأوى فيه إلى وقت انصرافه فالمتاع [تبع][(٤)]، فلا يحسب النفقة على نفسه طول مقامه، وإن كان اكتراه ليحرز المتاع فيه ولولا ذلك لم يحتج إليه، فإنه يحسب بغير ربح يضرب له على ما ذكرناه.

---

(١) سقطت من (ا).
(٢) سقطت من (ا).
(٣) سقطت من (ب).
(٤) ثبت فى (ب) (بيع).

باب

إذا اختلف المتبايعان فى مقدار الثمن: ففيها ثلاث روايات:

إحداها: أن التحالف والتفاسخ واجب بينهما على أى وجه كان سواء كانت السلعة فى يد البائع أو المشترى باقية أو تالفة إلا أن يرضى المشترى أخذها بما يدعيه البائع وهو قول أشهب والشافعى[(١)].

والثانية: أنه إن كانت السلعة لم تقبض تحالفا وتفاسخا، وإن كانت قد قبضت فالقول قول المشترى مع يمينه وهى رواية ابن وهب.

والثالثة: أن السلعة إن كانت باقية لم تفت ولا تغيرت فى بدن ولا سوق وإن كانت قد قبضت فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن تلفت أو تغيرت بما ذكرناه، فالقول قول المشترى مع يمينه، وهذه رواية ابن القاسم وهو قول أبى حنيفة[(٢)].

فوجه قوله: إنهما يتحالفان ويتفاسخان على كل وجه قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ويترادان»[(٣)]، وروى: «يتحالفان ويتفاسخان»[(٤)] فعم ولم يخص، ولأن الاختلاف فى ثمن المبيع يوجب التحالف، أصله قبل القبض، ولأنه لما كان القول قول المالك فى أصل البيع إذا قال: بعتكها، وقال الآخر: وهبتنيها، كان القول قوله أيضًا فى صفة ذلك الشىء ما أمكن.

ووجه اعتبار القبض دون الفوات أن الأصول موضوعة على أن اليمين فى جنبة أقوى المتداعيين سببًا، والمشترى بعد القبض أقوى سببًا لما دفع إليه السلعة وائتمنه عليها إذا لم يشهد عليه ويتوثق منه وجب أن يكون القول قوله كما كان للذى الشىء فى يده

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٧٧)، المهذب للشيرازى (١/ ٢٩٤).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٦١).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٣) ح (٣٥١١)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٦١) ح (١٢٧٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٦٦)، (باب اختلاف المتبايعين فى الثمن)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٧١) ح (٨٠).

(٤) ذكره الحافظ ابن حجر بلفظ «إذا اختلف المتبايعان تحالفا» وقال: اعترف الرافعى فى التذنيب أنه لا ذكر لها فى شىء من كتب الحديث. وإنما توجد فى كتب الفقه، وكأنه عن الغزالى فإنه ذكرها فى الوسيط، وهو تبع إمامه فى الأساليب، انظر تلخيص الحبير (٣/ ٣٥) ح (٢).

من المتداعيين القول مع يمينه.

ووجه اعتبار الفوات والتغيير قـوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع، فإن استهلكت، فالقول قول المشترى»، وروى: «والسلعة قائمة تحلفا وترادا»[1]، ولأن التحالف سبب يثبت به فسخ البيع فسـقط بتلف المبيع كالإقالة، ولأنا لو أوجبنا التحالف فى هذا الموضع لكنا قد أوجبنا على المشترى القيمـة، وربما كانت أضعاف ما يدعيه البائع من الثمن فيكون قد ألزمناه ما لم يدعه عليه خصمه.

فصل

إذا ثبت هذا فـصفة المسـألة على [الروايات][2] الثـلاث: أن الاختـلاف لا يخلو أن يكون قبل القبض أو بعده: فإن كان قبله فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع باليمين فيحلف أنه لم يبع السلعة إلا بما ادعاه، فإن حلف قـيل للمشترى: إما أن تحلف على ما ادعيت ويفسخ البـيع بينكما وإلا ألزمناك بما حلف البائع عليه، فـإن حلف سقط عنه ما ادعاه البائع وفسخ العقد، فإن نكل لزمه البـيع بيمين البائع ويكون له بما يدعيه فإن نكل البائع أولاً نقلت اليمين إلى المشترى، فإن حلف وجبت له ما يدعيه، فإن نكل فاختلف فيه: فقيل: يترادان، وقيل: يكون القول قول البائع.

فوجـه التراد أنهما قـد استويا فى الحال كـما لو حلفا لأنه ليس أحـدهما أرجح من الآخر.

ووجه تـرجيح البـائع أنه أقوى سـببًا من المشـترى لأن المشـترى قـد أضعف نفـسه بنكوله، هذا كله إذا كانت السلعة لم تقبض، فأما إذا قـبضت فعلى رواية اعتبار القبض تعرض على المشترى، فإن حلف وجـبت له حلف باليمين وقوة السبب، وإن نكل ردت اليمين على البائـع، فإن حلف ثبت له ما يدعيه بنكول المشتـرى ويمينه، وإن نكل فقد ذكر الخلاف وترتيب الرواية الأخرى على مثل هذا.

---

(١) ذكره الحـافظ ابن حجـر بلفظ: «إذا اختلف المتـبايعـان، والسلعة قـائمة، ولا بينة لأحـدهما تحالفا». وقال: رواها عبد الله بن أحمد فى زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده، ورواها الطبـرانى، والدارمى من هذا الوجه، وانفـرد بهذه الزيادة وهى قـوله: «والسلعة قائمة» وأمـا قوله فيه: «تحـالفا» فلم يقع عند أحد منهم، وإنما عندهم: والقـول قول البائع أو يرادان البيع. انظر تلخيص الحبير (٣/٣٦) ح (٣).

(٢) ثبت فى (ب). (على الصفات).

فصل

وإن كان الاختلاف فى البيع فادعى البائع أنه حال وادعى المشترى التأجيل فينظر[(١)]: فإن كان العرف جاريًا فى موضعهما بأن ذلك النوع لا يباع إلا نقدًا لا نساء فاليمين على مدعى العرف لقوة سببه والقبض غير مؤثر، فإن كانا لم يفترقا: فقيل: القول قول البائع [لأن العرف لا يثبت حال التبايع لأن تقدم النقد على العقد وتأخره على وجه واحد، وقيل: القول قول المشترى][(٢)]، لأن العرف فى الجملة شاهد له، فأما إن لم يكن لذلك النوع المبيع عرف من تعجيل أو غيره وادعى المشترى أجلاً بشبهة، فقيل القول قول المشترى مع يمينه بعد القبض كالاختلاف فى المقدار، وهذه رواية ابن وهب، وقيل: القول قول البائع كهو قبل القبض، وإن تصادقا فى الأجل واختلفا فى مدته فالقول فى الاختلاف فى مقدار الثمن سواء، فأما الاختلاف فى عين الثمن وجنسه فإنهما يتحالفان ويترادان [والقبض لا يؤثر لأن][(٣)] عين الثمن لا يقع فيها ائتمان وفيه نظر، وفروع هذا الباب تطول.

---

(١) ثبت فى (أ) (فانظر).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) سقط من (ب).

باب

ومن وطىء أمة ثم أراد بيعها فعليه أن يستبرئها[١] قبل البيع، وعلى المشترى أن يستبرئها قبل أن يطأها، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعى: الاستبراء على المشترى ويستحب للبائع[٣]، وحكى عن عثمان البتى أنه يلزم البائع ولا يلزم المشترى[٤]، ودليلنا على وجوبه على البائع أنه إذا وطئها جاز أن تكون حاملاً من ذلك الوطء فيكون بائعًا لولده ومدخلاً للشبهة فى النسب لأن المشترى قد يبادرها فيطأها قبل الاستبراء، ولأنه أحد المتبايعين فلزمه كالمشترى، ولأن المشترى إنما لزمه الاستبراء لحفظ مائه لئلا يدخل على ماء غيره، فالبائع يلزمه من حفظ مائه ما يلزمه المشترى.

فصل

ودليلنا على وجوبه على المشترى خلافًا للبتى قول النبى ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض»[٥]، وقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره»[٦]، ولأنه لا يأمن أن تكون حاملاً فيكون بوطئه مدخلاً للشبهة فى النسب فلزمه الاستبراء، وكذلك لا يحل له توابع الوطء من اللمس للذة والقبلة لأن حالها مترددة بين أن تكون مملوكة له وهو أن لا يظهر بها حمل وبين أن تكون أم ولد لغيره.

فصل

والاستبراء حيضة لقوله ﷺ: «حتى تحيض»[٧] فأطلق، ولأن الغرض براءة الرحم،

(١) قال ابن عرفة: (والمراد بالاستبراء الكشف عن حال الرحم). حاشية الدسوقى على الشرح الكبير.

(٢) الاختيار للموصلى (٢/ ٩).

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٤٢٧).

(٤) حكاه ابن قدامة فى المغنى. انظر المغنى (٩/ ١٥٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

وذلك يحصل بالمرة، وتفارق الحرة لأن الزيادة لحرمة الحرية، فإن اتفقا على استبراء واحد جاز لأن الغرض يحصل، ويستحب أن توضع على يدى امرأة من عدول النساء لأن ذلك أصون لها وأحفظ، ويكره أن تكون عند المشترى لئلا يتعجل بوطئها.

فصل

إذا وطىء الأمة سيدها ثم باعها قبل أن يستبرئها فوطئها المشترى قبل أن يستبرئها فأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطء الأول أو الثانى نظر إليه القافة[١]، فبأيهما ألحقوه لحق فإن ألحقوه ببائعها انفسخ بيعها، وإن ألحقوه بمشتريها لم يبعها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لوطء الثانى وهو لستة أشهر من وطء الأول فهو للأول دون الثانى.

وأما ولد الزوجة فالظاهر من قول مالك أنه لا يحكم فيه بالقافة، وذكر الشيخ أبو بكر الأبهرى عن أبى يعقوب الراوى أن ابن وهب روى عن مالك أنه يحكم فيه بالقافة كولد الأمة، وقد بينا أن الحكم بالقافة إنما هو فى وطء الرجلين الأمة فى طهر واحد إذا أتت به لما يتشبه أن يكون منهما، وعند أبى حنيفة أن الحكم بالقافة باطل ولا يراعى الشبه، قال: فإذا تنازع الولد رجلان لحق بهما وكان ابنًا لهما يرثانه ويرثهما وكذلك عشرون وثلاثون رجلاً لو ادعوه إن أمكن ذلك[٢].

وقال الشافعى: يحكم القافة فى ولد الأمة والحرة[٣]، ودليلنا على وجوب الحكم بالقافة ما روى عن عائشة أنها قالت: دخل رسول الله ﷺ تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم ترى إلى مجزز المدلجى، نظر إلى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض[٤].

---

(١) القافة بتخفيف الفاء جمع قائف عن الجوهرى وغيره وقال القاضى عياض: هو الذى يتبع الاشباه والآثار ويقفوها. أى يتبعها فكأنه مقلوب من القافى وهو: المتبع للشىء قال الأصمعى: هو الذى يقفو الأثر ويقتافه وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه) المطلع (ص/ ٢٨٤).

(٢) قال الكاسانى: (ولو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعًا معًا فهو ابنهم جميعًا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد: لا يثبت من أكثر من ثلاثة) بدائع الصنائع (٦/ ٢٤٤).

(٣) روضة الطالبين (١٢/ ١٠٣).

(٤) أخرجه البخارى: الفرائض (١٢/ ٥٧) ح (٦٧٧٠ ـ ٦٧٧١)، ومسلم: الرضاع (٢/ ١٠٨٢) ح (١٤٥٩/٣٩).

[فوجه الدلالة][1]: أن المشركين كانوا يطعنون فى نسب أسامة لأنه كان أسود وكان زيد أبيض، وكان ذلك يشق على رسول الله ﷺ فسر بقول مجزز لكونه قائفًا عارفًا بالأنساب، ولو كان ذلك ظنًا وتخمينًا لا يتعلق به حكم لم يسر به، ولأنكر على مجزز إخباره به كما ينكر كل ما يذكر من أمر الجاهلية وأحكامها مما ليس فى شرعه إقراره، ويدل على أن اعتبار الشبه فى اضطراب النسب واجب حديث سعد و عبد بن زمعة لما تنازعا الولد فادعاه سعد لأخيه وادعاه عبد بن زمعة لأبيه، فحكم النبى ﷺ به لصاحب الفراش وهو زمعة، ثم قال لسودة: «احتجبى منه»[2] لما رأى من شدة شبهه بعتبة مع ثبوت الأخوة بينهما وبين هذا الولد، وكذلك قوله ﷺ فى قصة هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن»[3] فدل على أن الشبه معتبر فى إلحاق النسب ونفيه، وروى عن عمر وأنس الحكم بالقافة، وهو عمل أهل المدينة المنتشر بينهم، ولأن حقيقة النسب من الأب لا يعلمها إلا الله تعالى أو من أطلعه الله عليه، وإنما يثبت بالاستدلال والفراش من جهة الظاهر، ووجدنا القافة لهم اختصاص بهذا العلم من طريق معرفة الشبه لا يدفع أحد ذلك، فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل فى السلع المتلفات، ولأهل الحرز مدخل فى الخرص فى الزكوات وغيرها.

فصل

ودليلنا على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد قوله تعالى: ﴿**وورثه أبواه**﴾ [النساء:١١]، وقوله: ﴿**أن اشكر لى ولوالديك**﴾ [لقمان:١٤]، وقوله: ﴿**ووصينا الإنسان بوالديه حسنًا**﴾ [العنكبوت:٨]، ولأن استحالة ذلك فى الشرع جار مجرى استحالة الأمر من طريق المشاهدة.

---

(١) ثبت فى (ب) (موضع الدليل).

(٢) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٣٤٢) ح (٢٠٥٣)، ومسلم: الرضاع (٢/ ١٠٨٠) ح (١٤٥٧/٣٦).

(٣) تقدم تخريجه.

فصل

فأما منع ذلك فى ولد الحرة فلأن الحكم بالقافة لا يثبت بالقياس ولم يرد فى الحرة شرع، ولأن الحرة لا يتساوى فيها الوطئان فى الفراش لأنها لابد أن تكون فراشًا لأحدهما دون الآخر إذ لا يجوز أن تكون فراشًا لهما جميعًا، فيلحق الولد لصاحب الفراش، وليس كذلك الأَمَة لأنه قد يستوى حكم الواطئين من جهة الملك لأنها إذا كانت بين شريكين فهما يتساويان فى الملك ويشتريها واحد بعد واحد، فيقع العقد صحيحًا، فلذلك احتجنا إلى الترجيح، واعتباره من الطريق الذى يعتبر منه وبالله التوفيق.

[بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على محمد][1]

١٥
كتاب الإجارات [2]

الأصل في جواز الإجارة في الجملة خلافًا لمن لا يعتد له[3]، قوله تعالى: **﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾** [القصص:٢٧]، فنص على جواز الإجارة والمعاوضة على المنافع، وقوله في هذه القصة: **﴿يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين﴾** [القصص:٢٦]، وقوله ﷺ: «أعط الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»[4]، وقوله: «ثلاثة أنا خصيمهم يوم القيامة فذكر رجل استأجر أجيرًا فاستوفى عمله ولم يوفه أجره»[5]، ولأن بالناس حاجة إلى تمليك المنافع كحاجتهم إلى تمليك الأعيان، ولأنه إجماع السلف والخلف على مر الأعصار قبل خرق من خرقه، فلا يعتد بخلافهم فيه[6].

---

(١) سقط من (ب).

(٢) الإجارة في اللغة: اسم للأجرة والأجرة كراء الأجر وآجره إذا أعطاه فهو آجر. المغرب (٢٧/١). وفي الاصطلاح: (بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض بتبعيضها. شرح حدود ابن عرفة (٥١٦/٢).

(٣) قال ابن قدامة: (اجمع أهل كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار) المغني (٣/٦).

(٤) أخرجه ابن ماجه: الرهون (٨١٧/٢) ح (٢٤٤٣) في الزوائد: إسناده ضعيف. وهب بن سعيد، وعبد الرحمن بن زيد ـ ضعيفان. والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٠٠) ح (١١٦٥٩). انظر نصب الراية (١٢٩/٤).

(٥) أخرجه البخاري: الإجارة (٥٢٣/٤) ح (٢٢٧٠)، وابن ماجه: الرهون (٨١٦/٢) ح (٢٤٤٢) وأحمد: المسند (٢/ ٤٧٥) ح (٨٧١٣).

(٦) المغني لابن قدامة (٣/٦)، الإجماع لابن المنذر (ص١٠١)، نيل الأوطار للشوكاني (٢٨١/٥).

فصل

الإجارة هى عقد معاوضة علـى منافع الأعيان، ولا تخلو المنافع من أحد أمرين: إما أن تكون معلومـة الجنس كخيـاطة الثوب وبناء الحائط وركـوب الدابة وسكنى الدار وما أشبه ذلك، وغير معلومة مثل خدمة العبد وما فى معناها.

فالـقسم الأول لا يحـتاج إلى ضرب أجـل لأنه مستـغنى بالعلم بجنسـه عن أن يعلم بأجل يحصره.

والقسم الثـانى يحتاج إلى أصل ينضـبط به، لأنه غير معلوم فى نفـسه، ألا ترى أن خدمة العبد تختلف فتكون فى خبـز، أو طبخ أو خدمة دابة أو شراء حاجة أو غير ذلك مما يستخدم فى مثله الأحراء، فلو لم ينضبط بمدة مـحصورة لدخل المنافع المستأجرة عليها الجهل والغرر فاحتيج إلى ضرب مدة تضبط بها.

فصل

تجوز إجـارة الدور والأرضين والحوانيت والثـياب والدواب والرقـيق وأوانى الحديد والخشب وغير ذلك من العروض.

ويجوز عـقد الإجارة على كل منفـعة يستـباح تناولها ويجـوز لمالكها منعهـا وبذلها: كخياطة الثوب وبناء الحائط والصياغة والقصابة والصبغ وسائر الصنائع، وكذلك الخدمة وغيرها من المنافع.

فصل

تجوز إجارة الأعيان كالدور والرقيق وغيرها على ثلاثة أوجه:

أحدها: على مـدة معلومة معـينة مثل: أن يقول استـأجرت منك هذه الدار سنة أو سنتين أولها يوم كـذا وانتهاؤها وقت كذا لأن هذا حصر للمنافع المعـقود عليها [بمدة][١] تفوت بفواتها ويلزم المستأجر رفع يده عند تقضيها، ونظيره فى بيوع الأعيان: أن يقول: ابتعت منك هذا الثـوب أو ما فى هذه الرزمة من الثـياب وقد شاهدها وعـرفها فيـجوز ذلك.

(١) سقط من (ب).

والثانى: أن يذكر المدة ولا يحدها من أى وقت يكون، فيقول: استأجرت منك هذه الدار شهرًا بدينار ولا يبين أى شهر هو فيصح عندنا ويكون من وقت العقد خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يصح إلا أن يبين أوّله[1]، لأن الإطلاق فى هذا محمول على العرف والعرف جار بين الناس فى بياعاتهم وإجاراتهم ومعاملاتهم أنهم إذا أطلقوا الأجل، فالمراد به من وقت العقد، ألا ترى أن من باع من رجل ثوبًا بدينار إلى شهر فإنه يحمل على أن ابتداءه من وقت العقد، وكذلك إذا أسلم إليه بشىء فى ذمته وقدر الأجل ولم يعينه، فإنه يكون من وقت العقد، وكذلك قلنا فيمن حلف ألا يكلم زيدًا شهرًا ولم يعينه، فإن يمينه تنعقد من وقت حلفه لأن العرف جار فى كل هذا بأن المراد به الفور والحال كذلك الإجارات.

والثالث: أن يستأجرها مشاهرة فيقول: استأجرت منك هذه الدار على حساب الشهر بكذا أو السنة أو الأسبوع أو أى مدة قدر بها الأجرة، فيجوز وإن لم يعين مدة ما يعقد عليه من ذلك خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يصح إلا أن يقول: استأجرتها شهرًا أو شهرين أو مدة يذكرها على حساب كذا[2].

وإنما قلنا: إن ذلك جائز لأن المنافع المعقود عليها يعلم قدرها باختيار المستأجر، فكأن المؤجر قال: قد أجرتك هذه الدار ما شئت أن يسكنها من المدة على حساب كل شهر بكذا، فذكر الشهر يُراد لتحديد المعقود عليه وهو أجرة المنافع وإخراجه من [حيز][3] الغرر والجهل ليقع الحساب عليه عند استيفاء المنافع، فيكون كقوله: قد بعتك من هذا الكر ما شئت على حساب كل قفيز بدرهم، فمهما أخذ منه استحق ثمنه عليه بما يقدر له، كذلك الإجارة فإذا ثبت هذا وقع العقد على هذا الحد: فلكل واحد منهما أن يترك إذا [شاء][4] فيسكن المستأجر ما شاء من المدة ويخرج إذا شاء وتلزمه الأجرة بحساب ما سكن، وكذلك المالك له أن يطالبه بالخروج أى وقت شاء، وقال عبد الملك: تلزمه أجرة حد واحد مما جعلاه علمًا على حساب الأجرة من شهر كذا أو سنة، كأنه قال: استأجرت منك هذه الدار كل شهر بدينار فيلزمه كراء شهر، وكذلك لو قال: كل سنة لزمه كراء سنة واحدة.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٥/١٩٦)، المهذب للشيرازى (١/٣٩٦).

(٢) المهذب للشيرازى (١/٣٩٦)، روضة الطالبين (٥/١٩٦).

(٣) ثبت فى (ب) (من جهة).

(٤) ثبت فى (ب) (إنشاء).

فوجه الأول: أن العقد لم يقع على شهر كامل، وإنما وقع على حساب الشهر بكذا، فلم يلزم سكنى ما لم يقع العقد عليه، ووجه الثانى: أنه إذا قال: كل شهر بدينار فكأن الكراء إنما وقع على الحد الذى جعل علمًا على معرفة الأجرة المقدرة به.

فصل

إجارة الدراهم والدنانير وكل ما لا يعرف بعينه لا تصح، وإجارته قرضه، والأجرة ساقطة عن مستأجره هذا قول ابن القاسم، وشيخنا أبو بكر الأبهرى وغيره يزعمون أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضرًا معه، ولابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان وإذا كانت العين نفسها لا يصح الانتفاع بها مع تبقيتها وإنما يصح مع إبدالها ببيع وغيره لم تصح إجارتها، وقد علم أن الدنانير والدراهم لا منفعة فيها مع بقاء العين، فلا يستحق أن يبذل العوض فى مقابلتها بخلاف الدور والدواب وغيرها فلم يصح إجارتها.

وإنما قلنا: إن إجارتها قرضها لأن ربها ملك المدفوع إليه الانتفاع بها ولا ينتفع إلا بإتلاف أعيانها فصار ذلك ملكًا له، فلو قلنا: إنه تلزمه أجرة لكان فى معناه قرض جر نفعًا، ودراهم بدراهم متفاضلة وذلك غير جائز، ووجه القول الآخر: أن الانتفاع بهما يمكن بأن يضعها المستأجر بين يديه يتكثر بها ويتجمل، وله غرض فى أن يرى الناس معه دنانير ودراهم فينفعه ذلك فيما يقصده به، وإذا كان كذلك صحت إجارتها.

وإنما قلنا: يجب أن يكون المالك معها لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها وزيادة فيكون تفاضلاً وقرضًا جر نفعًا.

فصل

عقد الإجارة لازم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه مع إمكان استيفاء المنافع المعقود عليها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن العقد يجوز أن يفسخ بوجود العذر فى حق المكترى أو المكرى وإن أمكن استيفاء المنفعة مثل أن يكترى جمالاً للحج ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ، أو دارًا يسكنها ثم يريد السفر أو دكانًا ليتجر فيه فتحترق متاعه فله الفسخ عنده فى ذلك كله[1].

(١) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٨٠)، الاختيار للموصلى (٧٨/٢).

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١] ولأنه عقد معاوضة محضة فلم يكن لأحدهما فسخه لمعنى في العاقد كالبيع، ولا يدخل عليه النكاح لأنها ليست بمحضة، ولأن أحدهما إذا قال: لا أريد السفر إلى الجهة التي وقع الكراء إليها فعندهم أن هذا [عذر](١) في حق المكترى دون المكرى، فنقول: كل معنى لا يملك به المكرى فسخ الإجارة لم يملك بمثله المكترى، أصله غلاء الأجرة ورخصها.

فصل

الأجرة لا تستحق تسليمها بمجرد العقد ولا بتسليم العين المستأجرة، وإنما تستحق الأجرة أولاً بأول لكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنافع، إلا أن يكون هناك عادة أو شرط فيستحق التسليم لها أو يكون تأخيرها يؤدى إلى أمر ممنوع فيلزم تقديمه لذلك لا بمجرد العقد.

وقال الشافعي: يستحق تسليم الأجرة بتمام عقد الإجارة وتسليم العين المستأجرة شرط ذلك أو لم يشترط(٢).

ودليلنا: أن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الثمن في البيع لرقبة المبيع، وقد ثبت أن في البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد تسليم المعقود عليه، فكذلك يجب في الإجارة، ولا تلزم عليه الإجارة بثوب بعينه أو بفاكهة رطبة لأن هناك قارن العقد ما أوجب التعجل، فيكون له كاشتراط التقديم.

فصل

كل معنى طرأ بمنع استيفاء المنافع فإن العقد ينفسخ معه، وذلك كانهدام الدار واحتراقها وغصبها، وكذلك امتناع المؤجر من تسليمها حتى فات وقت الإجارة ظلمًا، وكذلك مرض العبد والدابة وهذا كله في الإجارة المعينة دون المضمونة لأن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة لما بيناه [أن العوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع كالأعيان](٣).

---

(١) ثبت في (أ) (غرر).

(٢) المهذب للشيرازي (١/٣٩٩)، روضة الطالبين (٥/١٧٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

إذا تسلم المستأجر الدار أو الدابة المعينة وتمكن من استيفاء المنفعة فلم يستوفها حتى انقضت المدة فقد استقرت الأجرة عليه[١]، لأن الذى يجب على المكرى تسليمها وتمكينه من المنفعة وقد فعل، فإذا اختار ألا يستوفيها فلا يلزم المكرى شىء كما لو ابتاع مأكولاً رطبًا [وقبضه][٢] فلم يأكله حتى تلف لزمه الثمن ولم يلزم البائع شىء.

فصل

الإجارة على ضربين: إجارة عين وإجارة متعلقة بالذمة، وكل ذلك جائز لأن العين لما كان له بيعها كان له بيع منافعها، وكذلك لما كان له بيع شىء من الأعيان فى ذمته أعنى أعيانًا مبيعة لا أعيانًا معينة، فكذلك المنافع لأن الإجارة معاوضة على المنافع كما أن الأثمان معاوضة على الرقاب، فلما جاز العقد على رقبة الدابة بالوجهين جميعًا ـ أعنى بيع الدابة بعينها وأن يُسلم فى دابة موصوفة فى الذمة ـ صح العقد على منافعها بالوجهين جميعًا.

فصل

فإذا ثبت ذلك فإن كان العقد على دابة معينة فلا بد أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة من ركوب أو طحن أو حمل أو غير ذلك، وإنما وجب ذلك لانتفاء الغرر بانتفاء الجهالة، وليعلم المكترى ما الذى يعاوض عليه من المنافع وكذلك المكرى، فإذا ثبت ذلك فإن الحق يتعلق بالذمة فى المعين بل يتعين لتلك العين، فإن تلف [قبل استيفاء المنفعة، فإن العقد ينفسخ لتعذر استيفاء المنافع المعقود عليها لأنها مستحقة على وجه لا يمكن فيها القضاء ولا يلزم المكرى أن يأتى بغيرها لأنه لا يستحق عليه منافع غيرها، وإن تلف][٣]، بعد استيفاء بعض المنافع دون جميعها، فإن العقد ينفسخ فيما بقى ويلزمه من الأجرة بقدر ما استوفاه من المنفعة بقيمته من الأجرة ويسقط عنه الباقى هذا الكلام فى المعين.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٣/٤٢٨).

(٢) سقطت من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

فأما المضمون فى الذمة فمثل: أن يستأجر منه دابة ليركبها إما إلى موضع معين أو أجل بعينه[(١)].

وإنما قلنا: إنه لا بد من أحد هذين ليحصل العلم بما يعاوض عليه لأن العمل يتقدر تارة بالمدة وتارة بنفسه بالركوب إلى موضع بعينه مقدر بنفسه مستغن عن ضرب مدة فيه كخياطة القميص وبناء الحائط، والركوب على الإطلاق من غير اشتراط مسافة معينة أو مقدرة لابد فيه من ضرب مدة كخدمة العبد وإلا دخله الجهل، [فإذا ثبت ذلك فيجوز حالاً إلى أجل][(٢)] لأنا لو لم نجزه إلى أجل لأدى إلى بطلان انتفاع الناس بالكراء أو انقطاع معايشهم وتجاراتهم، وصورته إلى أجل مثل: أن يكترى منه فى رجب أو شعبان للحج وعادة الناس فى الخروج عندنا ببغداد فى ذى القعدة فيقول: اكتريت منك كراء فى ذمتك إلى الحج بعشرين ديناراً أو ما يتفقان عليه والأجل وقت خروج الناس، فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيما يؤجل اعتباراً بالسلم لأن فى تأخيره كونه ديناً بدين، فأما فى الحج فعنه روايتان:

إحداهما: [أنه لا يجوز تأخير النقد إلا فى اليسير وهو الثلاث فدونه، والآخر][(٣)] أنه يجوز ويكتفى فيه بالعربان كالدينارين والثلاثة.

فوجه الأولى: أن فى وجوب النقد ليخرج عن باب الدين بالدين، وإنما جاز التأخير فى اليسير لأن الغالب فى الأصول أن حكم الأكثر فى حكم الجميع وأن الأقل لا حكم له.

ووجه الثانية: أن تقديم العربان يخرجه عن باب الدين بالدين، فقد تعجل الشىء من أحد الطرفين، ولم يكلف نقد الكل خيفة الغرر لأن المكرى قد ينتفع فى الثمن ثم يخلفه، وقد جرت العادة بذلك منهم، فكان الأصلح عقد العربان ليخرج عن الدين بالدين فى جميع العقد ثم يكون الباقى كالوديعة عند [المكترى][(٤)] أو كالرهن.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٧٤٩).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ا).
(٤) ثبت فى (ا) (المكرى).

فصل

فأما إذا كـان الكراء المضمون حالاً وشـرع فى الركوب فلا يحتـاج إلى نقد لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه فى الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه، كما نقول فى المقاثى والمباطخ: إنه يجـوز بيعهـا بالدين وإن كان المعقـود عليه لم يخلق أكـثره لأنه فى حكم الموجود لتناسقه وتتابعه.

فصل

إذا استأجـر للزرع فغرقت سـقط كراؤها لتعذر اسـتيفاء المنفـعة المعقود علـيها، وإن زرعهـا وأمكنه شربهـا فلم ينبت زرعهـا فعليـه الأجرة لأن الذى على المؤاجـر: تسليم الأرض وتمكينه من استيفاء المنفعة وليس عليـه سلامتها، وكذلك إن نبت الزرع وأصابته جائحة من غير جهة الشرب لم يسقط عنه الكراء لأن التـمكين قد وجد واستيفاء المنفعة غير متعذر وامتناع خروج الزرع أو سلامته ليس من مقتضى العقد فلم يلزم.

فصل

لا تبطل الإجارة لموت أحد المتعاقدين مع بقاء العـين المستأجرة وإمكان استيفاء المنافع خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأنه عقد مـعاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتـعاقدين إذا لم يكن فيه تلف المنفعة أو تعذر استيفائها، أصله عقد البيع، ولأنه عقد معاوضة من مالك على منفعة ماله، فوجب ألا ينفسخ بموت المالك، أصله إذا زوج أمَته.

فصل

إذا اكترى داراً فله أن يسكنها بنفسه وله أن يكريها من غيره لأن ملك منافعها ثابت له وليس بمستحق عليه فى استيفـائها محل مخصوص، وله أن يكريها بمثل الكراء أو أقل أو أكثر لأنه معاوضة على ملكه كبيع الأعيان،وله أن يكريها من المالك خلافًا لأبى حنيفة[٢] لأن كل مملوك جاز أن يملك لغير من ملكه جاز أن يملك لمن ملكه، أصله الأعيان.

---

(١) قال الموصلى: (فإن مات أحدهما وقد عقدها لنفسه انفـسخت لإن الإجارة تنعقد شيئًا فشيئًا فلا تبـقى بدون التعـاقد وإن عـقدها لغـيره لم تـنفسخ). الاخـتيـار للموصلى (٢/ ٧٧) الهـداية للمرغينانى (٣/ ٢٨٠).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٤٥١).

فصل

إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئًا فحمل عليها غيره فعطبت: فإن كان أضر بها ضمن قيمتها وإن كان مثله أو دونه فلا ضمان عليه لأنه إذا كان أضرَّ بها كان متعديًا بحمله عليها لأنه لا يملك ذلك ولا أذن له فيه صاحبها، ولا بد أن العوض عليه، فإذا كان مثله فهو كما لو تلفت فيما استأجرها له فلا يضمن وإن كان دونه كان أولى ألا يضمن لأنه بعض حقه، فإن سلمت فلربها أن يأخذه بما بين الأجرتين.

وإن اكتراها إلى مكان سار بها إلى غيره في قدر مسافته أو دونها وقدر مشقته فلا ضمان عليه، وإن تعدى بها إلى غير مثله في المسافة والمثل منه في المشقة أو مثله في المشقة وأبعد منه في المسافة، فإن تلفت ضمنها، وإن سلمت فلربها الكراء الأول وأخذه بكراء الزيادة أو إسلامها ويضمنه القيمة يوم التعدي.

وصورتها أن يكترى دابة من بغداد إلى الكوفة فيمتد بها إلى فيل[1]: فقد بيَّنا أن لصاحبها الكراء من بغداد إلى الكوفة لأن المكترى قد استوفى المنفعة المعقودة عليها بالأجرة المسماة فاستقر البدل عليه في ذمته وتعديه فيما بعد لا يقدح في ذلك الاستقرار، وبينا أن صاحبها مخير فيما زاد على ذلك إن شاء أخذه بالكراء وإن شاء ضمنه القيمة.

وقال أبو حنيفة: لا كراء فيما زاد[2]، فدليلنا أنه انتفع بملك غيره من غصب للعين فلزمه بدل ما انتفع به كغير المتعدي.

ودليلنا على أن له تضمينه القيمة خلافًا للشافعي[3]، أنه متعديًا بالإمساك وحبسها عن الأسواق، فتعلق عليها الضمان، فإذا ثبت هذا فعليه كراء المثل كالمتعدي ابتداء لأن هذه المنفعة مستوفاة بغير عقد ولا شبهة عقد.

---

(١) فيل: كانت مدينة خوارزم يقال لها فيل قديمًا ثم سميت المنصورة وهي الآن تدعى كركانج. معجم البلدان (٤/ ٣٢٥) دار الكتب العلمية.

(٢) انظر الهداية للمرغيناني (٣/٢٦٦)، الاختيار للموصلي (٢/٦٦).

(٣) قال الشيرازي: (وإن استأجر عينًا لمنفعة فاستوفى أكثر منها فإن كانت زيادة تتميز بأن اكترى ظهر ليركبه إلى مكان تجاوزه لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها. المهذب (١/ ٤٠٣).

فصل

إذا اكترى أرضًا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرًا أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه، فذلك له خلافًا لداود[1]، لأن تعيين ما يزرع فى الأرض هو كتقدير المنفعة لا لكونه شرطًا، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين منها للزمه الكراء، وإذا كان كذلك كان له أن يستوفى ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره.

فصل

وليس له أن يزرعها ما ضرره أشد من ضرر الحنطة، فإن فعل فلربها كراء الحنطة وقيمة الإضرار بالزيادة خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يلزمه كراء المثل فى الجميع[2]، لأنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلزمه بقدر ما زاد، أصله إذا اكترى جملاً ليسير عليه من بغداد إلى مكة فتعدى به إلى مصر.

فصل

يجوز أن يشترط الخيار فى الإجارة سواء كانت معينة أو مضمونة، خلافًا لأصحاب الشافعى[3]، لأن المنافع أحد نوعى ما يقصد بالمعاوضات المحضة، فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان.

فصل

المركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف بالمشاهدة يشار إليه بأن يقال: أكريتك هذه الدابة أو الناقة، والموصوف لا بد فيه من ذكر الجنس والنوع الذكورية والأنوثية لأن الأغراض تختلف باختلاف الأجناس لأن الجمل يقوى على الحمل أكثر من الدابة والحمار والغرض بها مختلف، وكذلك أنواعها لأن النجيب لا يصلح للحمل، وإنما يصلح للركوب، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى فلا بد أن يبين.

---

(١) قال ابن قدامة: (قال دواد وأهل الظاهر: لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز له أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم فى الثمن. المغنى (٦/ ٦٠).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢١٧)، المهذب للشيرازى (١/ ٤٠٣).

(٣) انظر الحاوى الكبير (٧/ ٣٩٤).

فصل

لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافًا للشافعي[١]، لأن أجسام الناس متقاربة فى العادة غير متفاوتة فلم يحتج إلى رؤيته، فإن آتاه بفادح عظيم الخلق ليس هو الغالب فلا يلزمه.

فصل

الظاهر من مذاهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يتعين فى الإجارة، وأنه إن عين فذلك كالوصف لا ينفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت، وذلك كما يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثلها ليرعاه أو قميص مثله ليخيطه، وقد قيل: إنها [يتعين][٢] بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل المعين.

فوجه الأولى: أنه قد ثبت أن عقد الإجارة لازم من الطرفين وليس لأحدهما فسخه مع التمكين من استيفاء المنافع، فلو قلنا: إن محل الاستيفاء يتعين لحصل منه نقض الأصل لأن المستأجر يبيع الشيء المستأجر عليه فيفسخ العقد فيه باختياره، وذلك ينفى اللزوم ولا يمكنه أن يأتى بمثله أو يمنعه من البيع والهبة ينقطع تصرفه فى ملكه من غير تعلق حق لغيره فيه، ولأن محل الاستيفاء حق للمستأجر دون المؤاجر ولأن المستأجر عقد على منافع يستوفيها فيلزم المؤاجر أن يوفيه إياها وتعيين ما يستوفيها منه لا حق للمؤاجر فيه.

ووجه الثانى: أن أحد المحلين فى الإجارة يصح معه تعيينه كالأجير لأنه إذا استأجر دابة ليركبها فماتت الدابة انفسخ العقد ولم يلزمه أن يأتى ببدلها، كذلك إذا عين من يركبها والقميص الذى يخيط أو الغنم التى يرعاها يجب أن ينفسخ العقد بتلف ذلك كما ينفسخ العقد بتلف بموت الراعى والدابة، ولأنه قد ثبت تعيين ذلك فى الظئر إذا استؤجرت لرضاع الصبى والطبيب لعلاج المريض أو لقلع الضرس إذا برأ أو مات

(١) قال النووى: (يشترط أن يعرف المؤجر الراكب وطريق معرفته المشاهدة كذا قاله الجمهور، والاصح: أن الوصف التام يكفى عنها ثم قيل: يصفه بالوزن وقيل بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخمينًا). روضة الطالبين (٥/ ٢٠١).

(٢) ثبت فى (ب) (تتغير بالتعيير).

الصبى، وكذلك فى سائر ما يستأجر عليه.

فصل

إذا استوفيت المنافع فى الإجارة الفاسدة لزم بها أجرة المثل كالمبيع بيعًا فاسدًا إذا فات أنه يلزم بالقيمة دون الثمن لأن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الأثمان فى البياعات أعواض عن الأعيان، فإذا قبض العين المستأجرة فى الإجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سواء استعملها أو لم يستعملها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا أجرة عليه إذا لم يستعملها[1]، لأنها عين قبضت على وجه الإجارة فكان تلف المنفعة فيها مضمونًا بالتبذل، أصله الإجارة الصحيحة، وإن تلف المنافع فى العين المقبوضة على وجه الإجارة الصحيحة يوجب بدلها على من تلفت فى قبضه، أصله إذا استوفاها بنفسه.

فصل

لا يجوز أن تكون الأجرة فى الإجارة مجهولة ولا غرر لأنها عوض فى عقد معاوضة محضة كالثمن فى البيع.

ولا يجوز أن يستأجر نساجًا لينسج له غزلاً بنصف الثوب ولا بقيمته لأن الثوب الذى يخرج مجهول الصفة، ولأن نصف الغزل الذى استأجره به لا يسلمه إليه إلا بعد مدة وهى حصول النسج.

ولا يجوز فى المبيع بعينه اشتراط الأجل فى تسليمه إذا خيف منه الغرر وكذلك القيمة المجهولة لا يدرى كم يكون مقدارها، ويجوز أن يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف الآخر لأنه معلوم لا غرر فيه ولا جهالة، ومتى وقع العقد على الوجه الأول ونسج الثوب فجميعه لصاحب الغزل وللصانع أجرة المثل، ومثل ذلك أن يكرى دابته أو غلامه من رجل بنصف الكسب لأنه عوض مجهول فإن وقع: فلصاحب الدابة أو الغلام أجرة بالمثل، وجميع الكسب للمستأجر.

ولو قال له: اعمل على دابتى ولك النصف من الكسب لكان العقد فاسدًا للجهل بمقدار الكسب لكنه إن وقع كان الكسب كله لصاحب الدابة [وللأجير][2] أجرة المثل

(١) قال الموصلى: (وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة أما الفاسدة فتجب فيها قيمة المعقود عليه كما فى البيع) الاختيار (٢/ ٧٢) الهداية (٣/ ٢٦٨).

(٢) سقطت من (أ).

بخلاف الأولى لأن الإجارة فى المسألة الأولى وقعت على الدابة والأجر كان مجتبيًا للكسب، وفى مسألتنا وقعت الإجارة على الرجل واجتبى الكسب من قبل الدابة، فمن وقع عليه عقد [الإجارة](١) لم يكن له من الكسب شيء.

فصل

يجوز أن يكترى الرجل الدابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة: فإن وجد حاجته دون ذلك فحسابه من الأجرة لأنه يكون كأنه قال له: أكريك من هذا الطريق كل بريد(٢) بدينار، ويجوز ذلك على ما قدمناه من قوله: أجرتك هذه الدار من حساب كل شهر بدينار، ويكون ذكر الفراسخ والمسافة لتتقدر الأجرة به.

فصل

إجارة المشاع جائزة من الشريك وغيره، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا تجوز إلا من الشريك(٣)، لأن كل معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك جاز أن يعاوض عليها الأجنبى، أصله البيع، ولأنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر فجاز ذلك اعتبارًا بالمجوز.

فصل

يجوز أن يستأجر دارًا بسكنى دار أخرى خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن المنافع لا تكون أجرة للمنافع إلا أن يكون من جهة أخرى(٤)، لأنهما منفعتان يجوز عقد الإجارة على كل واحد منهما فى الانفراد، فجاز أن يعقد على إحداهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين.

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) البريد: المرتب والرسول، أو فرسخان أو اثنا عشر ميلاً أو ما بين المنزلين. القاموس المحيط (١/ ٢٧٧).

(٣) قال المرغينانى: (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبى حنيفة رحمه الله إلا من الشريك وقالا إجارة المشاع جائزة) الهداية (٣/ ٢٧٠).

(٤) قال الموصلى: (والمنفعة تصلح أجرة فى الإجارة إذا اختلف جنساهما لأن الثمن يملك بنفس المنفعة، والمنفعة لا يمكن تمليكها بنفس العقد). الاختيار للموصلى (٢/ ٦٤).

فصل

يجوز أن يستأجر الظئر[١]، وكل أجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط خلافًا للشافعي في منعه ذلك في كل أجير[٢]، ولأبي حنيفة في منعه ذلك في كل أجير عدا الظئر[٣].

فدليلنا[٤] أن الأعواض في المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط والاسم كنفقة الزوجة، وصفة ركوب الراكب في الإجارة، ولأنه لما جاز أن تكون النفقة مجهولة وترجع إلى الوسط ويتبع في معرفتها العرف كذلك في الإجارة، وعلى أبي حنيفة، لأنه عقد إجارة فصح بالطعام والكسوة اعتبارًا بالرضاع.

فصل

إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها، فالكراء فاسد، لأن المنفعة المستأجر عليها مجهولة فيكون غررًا لأن الأشياء المحمولة تختلف في الإضرار بالدابة لأن حمل القطن والثياب أقل إضرارًا من حمل الصخر والحديد، والأجرة مختلفة متفاوتة، وكذلك كراء الركوب بخلاف كراء الحمل، فإذا لم تكن المنفعة المكترى لها معلومة لم يصح.

فصل

إذا اكترى أرضًا ليغرس فيها فانقضت مدة الإجارة: فإن صاحبها مخير بين أن يأخذ المستأجر بالقلع ولا شيء عليه من أجرة القلع، أو يعطيه قيمة الغراس مقلوعًا أو يبقيه في الأرض ويكونا شريكين، خلافًا للشافعي في قوله: إنه ليس له أن يطالبه بقلع الغراس إلا بعد أن يعطيه أرش القلع[٥]، لأن الإجارة تقضي تسليم الأرض بعد انقضاء المدة فارغة من تعلق حق للمستأجر لها ويقل ما شغلها به، أصله إذا كان له فيها متاع أو طعام، فإنه يؤمر بقلعه، ولأن فائدة حصر العقد بالمدة تقدير المنفعة المستوفاة بها

(١) الظئر بالكسر العاطفة على ولد غيرها المرضعة له في الناس). القاموس المحيط (٢/ ٨٠).

(٢) قال النووي: (ولو استأجره بنفقته أو كسوته فسد) روضة الطالبين (٥/ ١٧٤)، الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣٩٢).

(٣) الهداية للمرغيناني. (٣/ ٢٧٠)، الاختيار للموصلي (٢/ ٧٤).

(٤) يقصد به الدليل على الشافعي.

(٥) المهذب للشيرازي (١/ ٤٠٤).

وانقطاعها فيما بعدها، وفى تبقية الغراس بعد المدة إبطال لفائدة التحديد والتقدير وخلافًا لموجب العقد.

فصل

يجوز أن يؤاجر الرجل فحله من إبله أو بقره أو غيرها على أن ينزوا[١] أكوامًا معلومة خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لأنه نوع من المنفعة كالركوب لأن كل منفعة ملك إباحتها للعين بغير عوض وملك منعه إياها، فإن المعاوضة جائزة عليها كالحمل، ولأن ذلك بمنزلة أن يستأجر رجلاً يلقح له نخله فيقول: لأنه فعل يراد لحمل أنثى ينتفع به تجوز إباحته بغير عوض، فجاز بعوض أصل التلقيح.

فصل

لا يجوز للرجل أن يستأجر الرجل الأجير شهراً بدينار على أن يعطيه الأجير كل يوم درهمًا أو أقل أو أكثر لأن ذلك فضة بذهب متأخرة، ولأنه عمل وفضة بذهب.

فصل

يجوز أن يكرى داره فى رمضان لذى القعدة، فتكون هذه الإجارة بعد العقد بشهر أو ما يقاربه خلافًا للشافعى فى قوله: لا يجوز إلا أن تكون المدة عقيب العقد بلا فصل[٤]، لأن الإجارة عقد على ما لم يخلق من المنافع، فجاز أن يتأخر شرط المدة واستيفاؤها ما لم يعد ذلك بتعذر قبضها عند الحاجة، ولأنه لو عقد على هذه الدار شهراً أو على شهر بعده لجاز كذلك فى مسألتنا لأنه قد حصل العقد للشهر الثانى قبل مضى الأول، فلا فرق بين أن يكون الأول داخل فى العقد أو خارجًا عنه.

---

(١) النزو أى: الوثب يقال نزا نزواً أى وثب وثوبًا. القاموس المحيط (٤/ ٣٩٥).

(٢) قال الموصلى: (ولا تجوز الإجارة على عسب التيس لنهيه ﷺ عن ذلك وهو أن يستأجر التيس لينزو على غنمه ويدخل فيه كل فحل كالحصان وغيرهما أما النزو بغير أجر فلا بأس به وأخذ الأجرة عليه حرام) الاختيار (٢/ ٧٥).

(٣) انظر روضة الطالبين (٣/ ٣٩٨).

(٤) قال النووى: (أما إجارة العين فلا يصح إيرادها على المستقبل كإجارة الدار السنة المستقبلة والشهر الآتى) روضة الطالبين (٥/ ١٨٢).

فصل

يجوز للمؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقى من مدة الإجارة ما لا يكون غرراً يخاف تغيرها فى مثله، خلافًا لأبى حنيفة[١] وأحد قولى الشافعى[٢]، لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأنه ليس فى بيعها إبطال حق المستأجر لأن المشترى إنما يسلمها بعد انقضاء مدة الإجارة فكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع، أصله إذا باعها منه، ولأنه عقد على منفعة فلم يمنع العقد على الرقبة، أصله إذا باع أمة قد زوجها.

فصل

تجوز إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يجوز[٣]، فدليلنا أنها مدة تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها كالسنة.

إذا استأجرها عشر سنين بأجرة معلومة لجملة المدة جاز ولم يلزم أن يعين ما لكل سنة خلافًا للشافعى[٤]، لأنها مدة تجوز الإجارة إليها فوجب أن يكون ذكر الأجرة لجملتها مغنيًا عن ذكر ما يقابل تفصيلها، أصله السنة والشهر.

فصل

ومن استؤجر لحمل ما سوى الطعام فادعى تلفه أو كسره فلا ضمان عليه، لأن الأجير مؤتمن كالوكيل والرسول، فإن استؤجر على حمل طعام ضمن إن ادعى تلفه، خلافًا لمن منع ذلك، لأن العادة جارية بأن الأكرياء يتسرعون إلى أكل الطعام الذى فى أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أن نفوس الناس وأهل المروءات والأقدار يأنفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به، وفى ذلك إضرار بالناس وليس كذلك العروض وغيرها لأنه لا يقبح فى العادة المطالبة بها، وإن قل ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرياء

---

(١) انظر بدائع الصنائع للكاسانى. (٢٠٧/٤).

(٢) روضة الطالبين (٢٥٢/٥)، المهذب (٤٠٧/١).

(٣) روضة الطالبين (١٨٢/٥)، الحاوى الكبير للماوردى (٤٠٦/٧).

(٤) روضة الطالبين (١٨٢/٥)، الحاوى الكبير (٤٠٧/٧).

بالتسرع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك فى الطعام، ولأن بالحجاز يتنافس فى الطعام لضيق العيش هناك وشدة الحاجة إليه فلو لم يضمن الأكرياء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر، إذا استؤجر على حمل شيء فتلف منه من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه لأنا قد بينا أنه مؤتمن فلا يضمن إلا بالتعدى والتقصير فى ترك [التحفظ][1].

فصل

إذا ضرب الدابة أو ساقها بالعصى على عادة الناس من غير خرق فعطبت لم يضمن خلافًا لأبى حنيفة[2]، لأن العرف جار به بأنه لا بد للدابة من سوق وزجر على السير، والضرب بالمعروف على قدر الحاجة، فكان هذا القدر مأذونًا فيه فلم يضمن ما حدث عنه.

فصل

إذا استأجر سفينة لحمل طعام فغرقت فلا ضمان عليه خلافًا لأبى حنيفة[3] لأن الملاح لم يتعد فأشبه أن تغرق بالموج والريح، وقياسًا عليه إذا كان صاحبه معه.

فصل

واختلف فى كرائه فقيل: لا شيء له، وقيل: له من الأجرة بقدر ما مضى من المسافة، فوجه الأول أن العرف جار فى مثل ذلك بأنه على البلاغ لأنه جار مجرى الجعل: كأنه يقول: إذا بلغت بالطعام إلى موضع كذا وكذا فهذا الأجرة لك، فإذا لم يحصل الغرض لم يستحق شيئًا، ووجه الآخر: أنه إجارة وليس بجعل لأن العمل والأجرة مقدران، فكان له من الأجرة بحساب ما مضى كسائر الإجارات.

فصل

إذا اكترى إبلاً إلى الحج، فأخلفه الجمال: فإن المكترى يأتى الإمام ويقيم عنده البينة فإن كان الجمال له مال تكارى له الإمام عليه لأن القضاء على الغائب واجب إلا التمس ذلك صاحب الحق، وإذا لم يكن للجمال مال لم يتكارى عليه لأنه لا يحصل لمن

(١) ثبت فى (أ). (الحفظ).

(٢) الاختيار للموصلى: (٢/ ٦٦). الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٦٦).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٤).

يتكارى منه عوض ما يكترى منه، فإن كان المكترى هو الذى هرب فالجمال أيضًا يقيم البينة ويكرى الإمام مكانه رجلاً إن كان اكترى للركوب أو حمولة، مثله إن كان اكترى للحمل بسعر الوقت يوم الحكم ويكون على الهارب ضمان نقصان إن كان فى الكراء وله زيادة إن حصلت ويدفع الأجرة إلى الجمال، فإن تعذر ذلك إلى فوات الحج فقد انفسخ العقد لأن الإجارة هاهنا متعلقة بزمان، والمنافع المختصة بالأزمان لا يصح فيها القضاء، والتراد واجب بينهما والكراء فى غير الحج بخلاف ذلك لأن العادة لا تخصه بزمان فلا ينفسخ العقد، وتكون الحمولة له أى وقت وجده.

فصل

لا يضمن الراعى ما هلك من الغنم لأنه أمين كالوكيل، فإذا ذبح شاة وادعى أنه خاف عليها الموت ففيها روايتان: إحداهما وجوب الضمان، الأخرى نفيه[1] فوجه الوجوب: أنه متعمد بذبحها لأنه لم يؤمر [بذلك]، وإنما هو مؤتمن فيما أذن له فيه لا فى غيره، ووجه النفى فلأن التهمة زائلة عنه فى العادة، والعرف يشهد أن فى فعله مصلحة فلم يضمن.

فصل

لا ضمان على صاحب الحمام لأنه لم يسلم إليه ما يلزم فيه ضمان، وإن كانت الثياب سلمت إليه فلا ضمان عليه لأنه أمين كالمودع إذ قبضه للثياب لمنفعة ربها دون منفعة نفسه.

فصل

من استعار عبدًا بغير إذن سيده أو صغيراً بغير إذن وليه فى شىء فتلف فيه فينظر، فإن كان مما يتلف فى مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة فيه فلا يضمن ما كان عنه مثل أن يقول: ناولنى هذه المروحة أو هذه الخرقة أو ما أشبه ذلك لأن ضرورة العادة قاضية بأن مثل هذا لا يكون منه تلف وأن الناس يتسامحون به فيما بينهم فلا ضمان فيه إن كان عنه تلف ولا أجرة فيه مع السلامة، وإن كان الشىء المستعان فيه مما له بال وخطر وتطلب الأجرة فى مثله فهو متعد بذلك، ولولى الصغير وسيد العبد مطالبته بالأجرة إن

(١) انظر المدونة الكبرى (٣/٤٠٩).

سلم لأنه استوفى منافع لها قيمة بغير إذن من إليه الإذن فيها، فكان ضامنًا للبذل فيها بتعديه، وإن كان عن ذلك تلف ضمن دية الحر وقيمة العبد لأنه سبب تلفهما باستعمالهما على وجه التعدى.

فصل

الصناع المؤثرون بصنائعهم فى الأعيان: كالقصارين والصباغين والصاغة وغيرهم ضامنون بما أسلم إليهم مما يستأجرون على عمله إذا غابوا عليه، ولا يقبل قولهم فى تلفه، فإن قامت لهم بينة به سقط الضمان عنهم عند مالك وابن القاسم ولا يسقط عند أشهب وسواء عملوا بأجر أو بغير أجر ولا يضمنون ما لم يقبضوه ويحملوه إلى منازلهم، وإذا سقط الضمان عنهم، ففى وجوب الأجرة لهم خلاف: قال ابن القاسم: ليس لهم أجرة، وقال ابن المواز: تكون لهم الأجرة[١].

فصل

وإنما قلنا: إن الصناع فى الجملة يضمنون خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣] فى تفريقه بين الخاص[٤] والمشترك[٥]، لأن ذلك إجماع الصحابة، وروى عن عمر وعلىّ وقال علىّ: لا يصلح الناس إلا ذلك[٦].

ولأن فى ذلك مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع، وفى تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع إذ ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبلنا قولهم فى الإتلاف مع علمهم بضرورة الناس إليهم لتسرعوا إلى ادعائه ولأجبروا على الناس وللحق أرباب السلع أشد ضرر، فكان الحظ للجميع دفعها على التضمين، ولأنه قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم

(١) انظر الكافى لابن عبد البر. (٢/ ٧٥٧).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٤)، الاختيار للموصلى (٢/ ٦٧).

(٣) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٤٢٥).

(٤) قال المرغينانى: (الأجير الخاص الذى يستحق الإجرة بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعى الغنم). الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٥).

(٥) قال الماوردى: (أما الأجير المشترك فهو الذى يكون عمله فى يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر كالقصابين والخياطين فى حوانيتهم) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٤٢٥).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٢٠٢) (باب ما جاء فى تضمين الأجراء).

فلم يقبل قوله فى تلفها كالمقترض والمستعير.

وإنما شرطنا فى ذلك أن يتسلموه ويغيبوا عليه لأنهم إنما يضمنون بالقبض، فإذا لم يسلم إليهم وكانوا فى منازل أرباب السلع أو كان أرباب السلع معهم، فلم ينفردوا بقبض يتهمون فيه بادعاء التلف فلا وجه للتضمين مع عدم موجبه.

فصل

ووجه إسقاط الضمان عنهم فيما يعلم بالبينة صدقهم فيه أنه أجير ثبت هلاك ما دفع إليه من غير تفريط فأشبه الخاص، ولأن التهمة زائلة مع قيام البينة.

ووجه إيجابه عليهم: أن أصل قبضهم هو على الضمان فلم يسقط عنهم حسمًا للباب لأن ما طريقة المصلحة[1] وقطع الذريعة[2] لا يتخصص بالأعيان كمنع قبول شهادة الأب لابنه.

وإنما لم نفرق بين ما عملوه بأجر أو بغير أجر خلافًا لأبى حنيفة[3] لأن تركه الأجر لا يخرجه عن سنة الصناع فى الضمان كما لو عملوه بأجر ثم وهبه له، ولأنه صانع قبض السلعة ولم تتم له بينة على تلفها كما لو عملها بأجر.

فصل

ووجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه بغير صنعتهم أن المالك لم يسلم له غرضه الذى تلزمه الأجرة فى مقابلته فأشبه أن يهلك بتفريط من الصانع، ولأن الإجارة بيع

---

(١) المصلحة لغة: الصلاح وهو ضد الفساد. انظر القاموس المحيط (١/ ٢٣٣). لسان العرب (٣/ ٣٤٨).

وأما عرفًا: فهى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة. واصطلاحًا: قال حجة الدين الغزالى: مرادنا بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع. انظر المستصفى(١/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧).

وقال الخوارزمى: هى المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق. انظر إرشاد الفحول (ص/ ٢١٣).

(٢) قال سلطان العلماء: إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلينا ذلك امتثالاً لأمره تعالى فى قوله: ﴿فاتقوا الله ما استطعتم﴾، وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالى بفوات المصلحة. انظر قواعد الأحكام فى مصالح الأنام (١/ ٩٨).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٤).

منافع الأعيـان، ولو تلف المبيع الذى يتـعلق له حق توفية قـبل تسليمه إلى المشـترى لم يلزمه ثمنه كذلك فى مسألتنا.

ووجه إيجابها أنه أجير وفّى عمله فسقط ضمانه فكان له الأجر، أصله الخاص ولأن الأجرة فى مقابلة العمل دون سلامة السلعـة فإذا حصل العلم وجب استحقاق الأجرة، أصله إذا حصلت عنده.

فصل

إذا اختلف الصانع ورب السلعة فى العمل: فقـال الصانع: أمرتنى بكذا مثل الخياط يقول: أمرتنى بقطع الثوب قميصًا، ويقول ربه: بل قباء[١]، فالقول قول الخياط إذا أتى بما يشبهه خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لأن اليمين يتوجه على أقوى المتداعيين سببًا والخيـاط أقوى سـببًا لأنه مأذون له فى التـصرف ومـؤتمن عليه، فكان القـول قوله مع يمينه، ولأن الظاهر معه لأنهم إنما يعملون الصنعة على أمر رب المال ويستحقون العوض فى مقابلتـها وبإزاء إمكان الغلط عليهم وادعائهم ذلك على أرباب السلعـة [لئلا تفوتهم الأجرة، [ولأن] أرباب السلع][٤] محبتهم ألا يصل إلى الصناع أجرة فـيسقط الاحتمالان ويبقى الظاهر.

(١) القباء ممدود وقال بعـضهم: فارسى معرب. وقال صاحب (المطالع) هو من قـبوت إذا ضممت وهو ثوب ضيق من ثياب العجم). المطلع (ص/ ١٧٢).

(٢) قال الموصلى: (ولو قال: أمرتك تخـيطه قباء وقال الخياط قميصًا فـالقول لصاحب الثوب فإذا حلف فالخياط ضامن) الاختيار (٢/ ٧٦).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٢٣٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

الأصل فى جـواز الجعل[(١)] قوله تـعالى: ﴿ولمن جـاء به حمل بعـير وأنا به زعـيم﴾ [يوسف:٧٢]، وقوله ﷺ للذى رقى فأخذ عليه جعلاً من أكل برقيه باطل: «فلقد [أكلنا][(٢)] برقيه حق»[(٣)]، وكأن الجعـالة كانت قبل الإسلام وأقـرها النبى ﷺ ولم ينكرها ولا نهى عنها.

فصل

وصفة الجعل: أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر، فمتى قدر العمل لم يكن جعلاً وصار إجارة، ولم يجـز إلا فيما لا يتقدر من الأعمال، وصفتـه فيما لا يتقدر أن يجعل جعلاً فى المجىء بعبده الآبق وبعيـره الشارد: فإن جاء به استحق الجعل المقدر له وإن لم يأت به فلا شىء له، ولا يجوز ضـرب أجل فى ذلك لأنه يخرجه عن بابه [لأن وقت إصابته غير معلوم ولا يدرى هل يكون أم لا][(٤)].

فصل

الجعل جـائز وليس بلازم إلا أن يشرع المجـعول له فى العـمل فيلزم[(٥)]، وذلك لأن العمل جار فالجواز فيه دون اللزوم فلم يجز إخراجه عن بابه، وإذا شرع فى العمل فقد حصل أخذ الطرفين فلا يجوز إبطاله، وإنما يجوز عندنا فى الشىء الخفيف الذى لا خطر له أو ما لا ينحصـر بأجرة، فأما ما يمكن أن يعـقد عليه إجارة فيـه أولى لأنها أبعد عن الغرر، ولأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى.

---

(١) الجعالة فى اللغة: ما جعله له على عـمله وبالفتح الرشوة. انظر لسان العرب. (١/ ٦٣٧) مادة جعل. ط دار المعارف.

وفى الاصطلاح: (عقد مـعاوضة على عمل آدمى بعوض غـير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه) شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٢٩).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (أكلنا) وما أثبتناه من (ب) وتثبتنا من مصدر الحديث.

(٣) أخرجه أبو داود: الطب (٤/ ١٣) ح (٣٩٠١)، وأحمد: المسند (٥/ ٢٥٠) ح (٢١٨٩٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٥٩).

فصل

لا يجوز أن تكون الأجرة فى الجعل مجهولة[١] لأنه غرر، ولأن الجهل يدخل العقد من الطرفين، ولأن الجهل فى العمل إنما يجوز للضرورة إليه لأنه لا يمكن حصره ولا ضرورة إلى ذلك فى الجعل، فمن ذلك أن يجعل لمن جاء بعبده الآبق أو جمله الشارد نصفه لا يجوز لأنه لا يعرف صفته وقت المجىء به.

يجوز حصاد الزرع وجذاذ الثمر بنصفه لأنه معلوم، وإن قال: احصده فما حصدت من شىء فلك نصفه أو ثلثه، فجائز أيضًا لأنه معلوم، ولأن كل جزئين من الزرع مستحق بإزائها جزء منه، فإن قيَّد ذلك بزمان بعينه مثل أن يقول: احصد زرعى هذا اليوم، فما حصد منه فلك نصفه: فقيل: لا يجوز لأن قدر ما يحصد فى اليوم غير معلوم، وقيل: يجوز لأن الأجرة فى الجملة مقدرة.

فأما نفض الزيتون بنصف ما يسقط منه: فإن أراد تحريك الشجرة وله نصف ما يسقط فذلك مجهول، وإن أراد الجميع جاز.

فصل

من جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر: فإن كان ذلك شأنه وعادته ويعلم أنه يتكسب به فله أجرة مثله بقدر تعبه وسفره وتكلف طلبه ، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٢] فى قولهما: إنه متطوع لا شىء له، لأن منافعه فيما لو أضاعه ربه لعُدَّ سفهًا منه يوجب له الأجر عليها، أصله لو سقط من موضع عال أو وقع فى بئر فأخرجه، فأثبت ذلك فله أجر مثله لأنه ليس هناك مسمى، فإن أبى صاحب العبد أن يدفع إليه خلا بينه وبين العبد لأن امتناعه من ذلك رضا بإسلام العبد، وإن علم أن ذلك ليس من شأنه وعادته أنه يرتفع عن مثله وإنما فعله على وجه الحسبة واكتساب المودة فليس له أجرة إن طلبها لأن دعواه لذلك ينافى ظاهر حاله، فكأنه ندم فاستدرك ندمه فلا يستحق شيئًا.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٤٢٠)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٥٩).

(٢) قال الشيرازى: (لأنه بذل منفعته من غير عوض فلم يستحق العوض فإن عمل بإذنه ولم يشرط له الجعل). المهذب للشيرازى (١/ ٤١١)، روضة الطالبين (٥/ ٢٦٨).

فصل

تجوز مشارطة المعلم على تعليم الصبى القرآن على الحذاق، ومشارطة الطبيب على برؤ العليل لأن الضرورة تدعو إلى ذلك فجُوِّز لأجلها إذا كان مقامه فى التعليم غير معلوم وبرء العليل غير معروف المدة.

فصل

[يجوز][١] الجعل على استخراج المياه فى الآبار والعين على صفة معلومة، ومعرفة بعد الأرض وقربها وشدتها ولينها، فإن لم يعرف ذلك لم يجز لأنها معاوضة على عمل مجهول لا تدعو ضرورة إليه، وإن لم يأت الماء فلا شىء له إلا أن يكون رب [الدار][٢] قد انتفع بشىء من عمله فتكون له الأجرة بقدره.

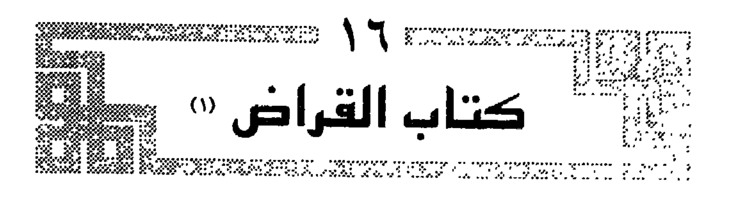
[تم البيع والحمد لله رب العالمين] [٣]

* * *

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).



١٦ كتاب القراض [١]

لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة[٢]، وإن اختلفو في كثير من أحكامه، وروى عن عمر رضي الله عنه وعثمان وعلي[٣] وكثير من الصدر الأول، ولأن الضرورة داعية إليه لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فدعت الضرورة إلى استنابة غيره.

وإنما لم يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة معلومة لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح فلما كان الأمر كذلك وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص في المساقاة والأصل في البابين متقارب.

مسألة

وصفة القراض: أن يدفع الرجل مالاً إلى غيره ليتجر فيه ويشترى ويبيع ويبتغى من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه من قليل أو كثير على ما نبينه.

فصل

ولا يجوز القراض إلا بالدراهم والدنانير[٤] لأنهما أصول الأثمان التي تتمول ويفزع

---

(١) القراض في اللغة: من القرض وهو القطع سمى بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يعمل فيه بجزء من الربح وأهل العراق يسمونه مضاربة. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٥١٧).

وفي الاصطلاح: (تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة) شرح حدود ابن عرفة (٢/٥٠٠).

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص/٩٨)، المغني لابن قدامة (٥/١٣٥).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ: البيوع (٢/٦٨٧) ح (١).

(٤) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٣/٨٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/٧٧٢).

إليها فى التعامل والبيع والشراء وقيم المتلفات، وعنه فى جوازه بالتبر والنقار روايتان[١]: وابن القاسم يحمل المنع على الكراهية ويقول: إن نزل أمضيته.

فوجه الجواز أنه عين مال ذهب أو فضة لم يخرج عن حكم التعامل به كالمضروب، ولأنه ليس فى كونه نقاراً أكثر من عدم الضرب، والسكة لا تأثير لها فى الجواز ولا فى المنع بدليل أن كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانا تبرين من منع التفاضل ومنع الافتراق فى الصرف قبل القبض وغير ذلك، ولا يلزم عليه جواز بيع النقار جزافًا ومنعه فى المضروب لأن ذلك لمعنى يرجع إلى الغرر وكثرته فى المسكوك.

ووجه المنع أنها ليست بأثمان على ما هى عليه وإنما يصير أثمانًا متعاملاً بها بعلاج وصنعة، فإذا لم تصر أثمانًا فهى فى حكم العروض، ولأن العامل يحتاج إلى بيعها لتصير أثمانًا، ولولا عقد القراض لم [يفعل][٢] ذلك ولا يخلو أن يكون بأجرة أو بغير أجرة، فإن كان بغير أجرة كان ذلك زيادة أرادها رب المال عليه وذلك غير جائز لأن موضوعه على التساوى، وإن كان بأجرة حصل منه قراض وعقد إجارة، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها.

فصل

ولا يجوز القراض بشىء من العروض والحيوان وما عدا الذهب والفضة خلافًا لابن أبى ليلى[٣]، لأن القراض عقد خارج عن الأصول لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها: أنه إجارة مجهولة وأن العامل لا يدرى هل يكون فى المال ربح أو خسران إلا أنه جوز للضرورة، فوجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع فقط، ولأن رأس المال لا بد من معرفته فلا يخلو أن يكون هو نفس العرض أو قيمته: فإن كان نفس العرض فالغرر يعظم والمقصود من الربح لا يحصل لأن العامل يأخذ السلعة وقيمتها ألف فيردها وهى تساوى خمسة آلاف وفى ذلك تلف أجرته وإلحاق الضرر به وقد يأخذها تساوى ألفًا فيردها تساوى مائة وفى ذلك تلف رأس المال، وإن جعلا رأس المال قيمة السلعة بطل

(١) حكاهما ابن عبد البر فى الكافى (٢/ ٧٧١ـ٧٧٢).

(٢) ثبت فى (ب) (لم يضر).

(٣) وبه قال طاوس والأوزاعى وحماد بن أبى سليمان؛ لأن مقصود الشركة جوز تصرفهما فى المالين جميعا). المغنى (٥/ ١٢٥).

لأمرين: أحدهما أن رب السلعة شرط على العامل العمل بها إلى أن يبيعها، وهذه زيادة منه عليه، وذلك غير جائز، والآخر أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو وقت [المعاملة][1]، وأى ذلك كان ففيه ما يؤدى إلى إتلاف المال وذهاب عمل العامل وكل ذلك إضرار وغرر، فإن نزل فسخ مالم يعمل، فإن لم يفسخ حتى عمل فللعامل أجرة المثل فى بيع العرض، وقد اختلف قوله فيما يجب له فى القراض الفاسد ونحن نذكره فيما بعد إن شاء الله.

فصل

القراض عقد أمانة: فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما، فإن لم يكن ربح ولا ضيعة ونض[2] رأس المال وأراد العامل أو رب المال فسخ العقد، فذلك له، وكذلك لو أراده قبل العمل لأنه عقد جائز وليس بلازم إلا أن يشرع العامل فى العمل، فلا يكون لأحدهما فسخه إلا برضاء الآخر لتعلق حق كل واحد منهما به، وإن كان فيه وضيعة فمن مال رب المال إلا أن يكون بتعد من العامل فيلزمه بتعديه، فإن شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسدًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن القراض صحيح والشرط باطل[3]، لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه، أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألا يطأها.

فصل

وإنما قلنا: يجوز القراض بما اتفقا عليه من الإجزاء قل أو كثر لأنه فى معنى الإجارة، والعوض فى الإجارة موكول فى مقداره إلى تراضيهما، فكذلك القراض.

فصل

يجوز القراض بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما خلافًا لأبى حنيفة [والشافعى

---

(١) ثبت فى (ب) (المفاضلة).

(٢) يقال: نض الماء ينض نضًا ونضيضًا سال قليلاً قليلاً أو خرج رشحًا. القاموس المحيط (٢/ ٣٤٥).

(٣) قال الموصلى: (واشتراط الوضيعة على المضارب باطل)، الاختيار (١/ ٢٦١).

فى قولهما: إن العقد فاسد[١]، ولأبى حنيفة][٢] فى قوله: إنه إذا كان بشرط جميع الربح للعامل كان قرضًا لا قراضًا[٣]، لأن تقدير الربح موكول إلى تراضيهما، فجاز لأحدهما تركه للآخر، ولا يجوز أن يصير قرضًا لأن رب المال قصد أن يكون قراضًا فلا يجوز أن يضمن العامل لأجل أن رب المال أسقط حقه من الربح.

فصل

ولا يجوز قراض إلى أجل يلزمه العمل به إلى ذلك الأجل لأن القراض عقد جائز فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك خلاف مقتضاه ووجب فساده، ولأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز.

فصل

لا نفقة للعامل إذا كان حاضرًا لأنه لم يتعلق عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة لأنه لو لم يكن بيعه قراض لكان لا بد أن ينفق على نفسه وعياله، ولأن ذلك زيادة منه على رب المال فلم يجز، وله النفقة إذا سافر والكسوة التى لولا الخروج بالمال لما احتيج إليها فى الحضر خلافًا للشافعى[٤] وغيره[٥]، لأنه لم يدخل على وجه التبرع وإنما سافر طلبًا للفضل فلو ألزمناه مؤنة السفر من ماله لأحاطت نفقة سفره بربحه المشترط له وزادت عليه، ولأن سفره لما كان لأجل المال صار كبعض كُلَف المال ومؤنته، وكذلك البهائم تحمل متاعه، ولأن ذلك يكون زيادة من رب المال عليه وذلك غير جائز، وكذلك إذا كان أعرابيًا أقام فى الحضر لأجل المال فله النفقة فى إقامته كنفقة الحاضر إذا سافر.

---

(١) قال النووى: (فلو قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فوجهان: أصحهما: أنه قراض فاسد رعاية للفظ، والثانى: أنه قراض صحيح رعاية للمعنى). روضة الطالبين (٥/ ١٢٢) المهذب للشيرازى (١/ ٣٨٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٢٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٦٠).

(٤) قال النووى: (وفى السفر قولان. أظهرهما: لا نفقة له كالحضر، والثانى: له وقيل بالمنع قطعًا. وقيل بالإثبات قطعًا)، روضة الطالبين (٥/ ١٣٥).

(٥) وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبى سليمان وظاهر مذهب الحنابلة المغنى (٥/ ١٥٢).

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه، فهذه النفقة ملغاة من الفضل كبعض المؤن ثم يقتسمان الفضل الباقى بعدها اعتباراً بأجرة الأجراء وكراء البهائم لنقل المتاع، فإن لم يكن فى المال ربح وقد خرجت منه نفقة العامل لم يلزمه غرمها لرب المال لأنا لو ضمناه ذلك كان زيادة من رب المال عليه واعتباراً بسائر المؤن.

فصل

لا يجوز أن ينضم إلى عقد القراض عقد غيره من بيع أو إجارة أو غير ذلك، ولا برفق يشترط أحدهما ليستبد بمنفعته على الآخر، لأن القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط لانفراده عن الأصول، وتجويزه للضرورة فلا يجوز منه إلا قدر ما ورد الشرع به فقط، فمتى زيد عليه ما يخرجه عن باب رخصته بطل.

فصل

للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلا أن يشترط عليه ترك السفر، وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ضمن والفصل بينهما لأن العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به وقد عرف أن من عادة التجار التقلب بالمال حضراً وسفراً وطلب النماء فيه بسائر الوجوه، كما أنهم يتقلبون به فى سائر السلع بل قد علم من عادتهم أن من السلع ما يبتاع للسفر بها كما أن منها ما يبتاع للتربص به وقت تغير سوقه فالإطلاق محمول على العرف، والنسيئة بخلاف ذلك لأن إطلاق العقد لا يقتضى إخراج المال عن يده وتعليقه بذمة غيره وحبسه عليه، فإذا ثبت ذلك ضمن متى أنسأ المال أو شيئًا منه ولم يضمن فى السفر إلا إن يشترط عليه تركه، وله ذلك إذا كان مندوحة فى الحضر تغنيه عن السفر وكذلك له أن ينهاه عن بعض السلع، ولأن له فى غيرها سعة، ولأن نهيه عنها لا يمنعه التقلب فى المال وطلب الربح، وليس له أن يقصره على بعض السلع لأن منعه عن سلعة معينة بخلاف قصره على سلعة معينة لأن قصره يمنعه مقتضى العقد والمطلوب به من التقلب فى المال [ورجاء][1] النماء فيه لأن ذلك إنما يكون فى الاضطرار المتسع فيه دون المضيق إلا أن يكون النوع الذى قصره

(١) ثبت فى (ب) (طلب).

عليه متسعًا فى الوجود يعتمد على مثله ولا يمنع القصر عليه من الربح فى المال مأمون العدم فى وقت من الأوقات فيجوز.

فصل

لا يجوز للعامل أن يشارك غيره فى المال[١] لأن رب المال إنما رضى بأمانته فى المال وكون المال فى يده ولم يأذن له فى تسليمه إلى غيره، فإن فعل وسلم فهما على شرطهما، وإن تلف المال أو وضع ضمن العامل بتعديه.

فصل

إذا مات أحد المتقارضين: فإن كان العامل نُظر: فإن كان مات والمال عين بحاله ما ابتاع به شيئًا فلربه أخذه ولا مقال لورثة العامل سواء كانوا أمناء أو غير أمناء، وليس لرب المال أيضًا إلزامهم العمل بالمال لأن موروثهم لو كان حيًا فأراد رد المال وهو عين لكان ذلك له فكذلك الورثة، وإنما لم يكن لهم مقال لأن الميت لم يتعلق له فى المال حق فيجب لهم ما وجب له، وإن كان موته بعد أن اشترى السلع وتصرف فى المال، فقد تعلق لكل واحد من الفريقين حق بالمال: أما الورثة فإنهم مخيرون بين أن يعملوا بالمال إن كانوا أمناء قادرين على العمل لا يخاف على المال منهم إتلاف أو إضاعة، فإن لم يكونوا أمناء أو كانوا [أمناء][٢] إلا أنهم لا يحسنون التصرف بنفوسهم، فإن أتوا بأمين ثقة يبصر العمل ويعرفه لزم تسليم المال إليه، وقام مقامهم فى البيع وتصحيح الثمن لرب المال، فإن عجزوا عن ذلك كله سلموا المال ولم يكن لربه مطالبتهم بشىء.

وإنما قلنا: إن لهم المطالبة به لأنه قد تعلق فيه حق الربح الذى يرجونه فيما ابتاعه موروثهم فليس لرب المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم، ولأنه حق أوجبه عقد معاوضة، فجاز أن ينتقل إلى الورثة كخيار العيب.

وإن قال الورثة لرب المال: نحن نبيع ونوفيك رأس مالك وتخلى بيننا وبين السلع فليس ذلك لهم إلا أن يرضاه لأنه قد تعلق له حق فى المبتاع لأنه مشترى بماله، فله من حق الربح مثل ما لهم، وأما إن مات رب المال فإن العامل على حاله فإن مات قبل العمل، فإن كل واحد من الفريقين بالخيار على صاحبه فى فسخ العقد والمضى عليه،

---

(١) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٧٦).

(٢) سقطت من (أ).

وإن كان بعد الشراء [فليس][1] لأحدهما فسخه إلا أن يرضى الآخر: أما الورثة فإنهم يقولون لما كان لأبينا المطالبة برد ماله عينًا فكذلك لنا مثل ما كان له، وأما العامل فقد تعلق له فى المال حق ما يرجوه من الربح ببيعه فليس لهم فسخه عليه.

فصل

قد بيّنا أن لكل واحد من المتقارضين فسخ العقد قبل الشروع فى العمل: فإذا عمل العامل فليس لأحدهما المطالبة برده رأس المال إلا أن يرضى الآخر ويلزم العامل التقاضى فى البيع حتى يرده عينًا لأن الجزء المشترط من الربح إنما يستحقه بعمله الذى هو البيع والشراء والتقلب بالمال حتى ينمى، وفى رده إياه عروضًا إسقاط أكثر العمل لأن العروض يحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن يحصل عينًا.

فصل

إذا خسر فى مال القراض ثم عمل به من بعد فربح نظر: فإن كان تفاصلا بعد الخسران لم يجبر الخسران بالربح الثانى وكان رأس المال ما بقى بعد الخسران يجبر من هذا الربح، فإن فضل شىء تقاسماه وإلا لم يكن للعامل شىء ولا يرجع عليه بخسران[2]، وإنما وجب ذلك لأن الحق للعامل فى الربح لا فى رأس المال ولا يكون ربح إلا بعد حصول رأس المال، فإذا حصل فى المال خسران لم يستحق العامل شيئًا لأنه لا يصل إلى شىء من الربح إلا إذا وصل رب المال إلى جزئه ولا سبيل إلى ذلك ما لم يكن رأس المال.

فصل

اختلف قول مالك فى المستحق بالقراض الفاسد، فعنه فى ذلك روايتان: إحداهما: أن للعامل قراض المثل، والأخرى: أجرة المثل[3].

وفصل ابن القاسم فقال: إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل وإن كان من جهة الزيادة زادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل.

---

(١) سقطت من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) (برضا).

(٣) حكاهما ابن عبد البر فى الكافى (٢/ ٧٧٧).

وذكر ابن المواز عن مالك فى العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض المثل أو مما سمى له من الربح.

فوجه اعتبار قراض المثل فى الجملة أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح والبيع والإجارة، فكذلك القراض.

فوجه اعتبار أجرة المثل هو: أن كل عقد صحيح يوجب عوضًا مسمى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسدًا فللعامل أجرة المثل فى عمله، أصله الإجارة الفاسدة، والتفصيل الذى ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس.

ووجه اعتبار أقل الأمرين أن قراض المثل وإن كان الأقل فقد رضى به العامل لأنه إذا رضى أن يعمل على أن يكون عوضه [على العمل من الربح][1] على الفساد بما ذكرناه، فقد رضى أن يكون له فيما يصح بحسابه، وإن كان المسمى الأقل فليس له زيادة عليه لأن رب المال يقول: أنت رضيت بالمسمى عوضًا عن عملك فليس فساد العقد موجبًا لك زيادة فى العوض.

فصل

وفائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل: أن أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال كان فى المال ربح أم لا، وقراض المثل يتعلق بربح إن كان فى المال، فإن لم يكن فيه ربح فلا شىء للعامل، ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه يفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوى عمله مما رضيه عوضًا لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك.

فصل

لا يتفاضل المتقارضان على الربح إلا بحضرة المال لما بينا أن الربح لا يستحق إلا بعد حصول رأس المال، ومتى كان عروضًا وتقاسما الربح لم يأمن أن ينقص السعر فيخسر رأس المال، أو ينظر إن كان دينًا فيؤدى ذلك إلى ما منعناه.

فصل

زكاة رأس المال القراض على رب المال، وزكاة الربح تابعة لأصله فلزم العامل فى

(١) سقط من (ب).

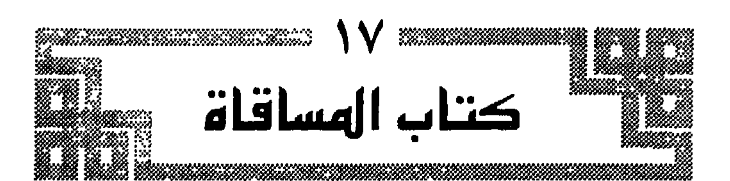
حصته إذا كـان الحول قد حال على رأس المال سواء كان فى حـصته نصاب أو أقل لأن الربح تابع للأصل، وإن كان العـامل عبدًا أو ذميًا فـلا زكاة عليه فى حصـته من الربح عند ابن القاسم لأنه لـيس من أهل الزكاة، وقال عـبد الملك: تلزمه الزكـاة لأن الجملة على ملك رب المال، ولأن الربح تابع للأصل[1].

فصل

إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل نُظـر: فإن شرط عليه زكاة رأس المال والربح لم يصح لأن ذلك يؤدى إلى الجـهل بجـزء العامل، ولأنه قـد يأتى على أجـرته ويزيد عليها وإن شرط عليه زكاة رأس الربح وحده جاز أيهما شرطه على [الآخر][2] جاز لأن ذلك جزء معلوم مـستثنى من جزئه كأنه إن قارضـه على النصف وشرط زكاة الربح فى حصته، قال: قارضتك على النصف إلا ربع العشر، وذلك معلوم فيجوز، وما ابتيع من ماشية تجب فيها الزكاة فزكاتها ملغاة من أصل المال لأنها مؤنة من المؤن [والله أعلم][3].

* * *

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٧٧-٧٧٨).
(٢) ثبت فى (ب) (بجزاء).
(٣) سقطت من (أ).



١٧ كتاب المساقاة

وكراء الأرض والمزارعة

المساقاة[١] جائزة خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لما روى: أنه ﷺ عامل أهل خيبر على الشرط من ثمر وزرع[٣]، وروى أنه ساقى أهل خيبر وكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم[٤]، ولأن ذلك فعل الأئمة أبى بكر وعمر وغيرهما ولا مخالف من السلف فيه، ولأنه مال لا ينمى بنفسه ولا تجوز إجارته، وإنما ينمى بالعمل عليه فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه، أصله مال القراض، ولأن الغرر والخطر فيها أقل منه فى القراض فكان بالجواز أولى.

فصل

تجوز المساقاة فى الأصول كلها والشجر خلافًا للشافعى فى قوله: إنها لا تجوز إلا فى النخل والكرم[٥]، لما روى: «أن رسول الله ﷺ ساقى أهل خيبر على ما فيها من زرع وشجر»[٦] فعم، وكأنه أصل له ثمر فجازت المساقاة عليه، أصله النخل والكرم.

---

(١) المساقاة فى اللغة: إعطاء الماء من الطرفين مفاعلة من السقى، التعريفات (١٤٤)، والقاموس (٤/ ٣٤٥)، وفى الاصطلاح: «عقد على عمل مؤنة النبات بقدر، لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجاره أو جعل»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٠٨).

(٢) المزارعة والمساقاة فاسدة عند أبى حنيفه قال الموصلى: «وهى جائزه عند أبى يوسف ومحمد وعند أبى حنيفة هى فاسدة»، الاختيار (٢/ ٣٣٧ ـ ٣٤٤)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٨٩).

(٣) أخرجه البخارى: الحرث (٥/ ١٤) ح (٢٣٢٨)، ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٨٦) ح (١/ ١٥٥١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٦١) ح (٣٤١٤) من حديث جابر ـ رضى الله عنه ـ ومالك فى الموطأ: المساقاة (٢/ ٧٠٣) ح (١) مرسلاً.

(٥) انظر روضة الطالبين (٥/ ١٥٠)، الأم للشافعى (٣/ ٣٣٨).

(٦) تقدم تخريجه.

[فصل

الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه تجوز المساقاة عليه لأنه يصير حينئذ كالأصل المرتجى ثمرته، ولا يجوز وهو مغيب لم يظهر، ولأنه ليس باطل ولا يدرى هل ينبت حبه أم لا ينبت، وكذلك المقاثى والمباطخ إذا ظهرت كالزرع][1].

فصل

صفة المساقاة: أن يدفع الرجل حائطه وفيه النخل والشجر إلى من يعمل فيه على جزء من الثمر يتفقان عليه قل أو كثر من نصف أو ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر من الأجزاء المقدرة المعلومة على أن يكون العمل والكلف والنفقة فيما تحتاج إليه الثمرة المساقى عليها، وجميع المؤن على العامل مثل السقى والآبار والجذاذ وعلوفة الدواب ونفقة الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر ومما لا يبقى بعد انصراف العامل.

وإنما قلنا ذلك لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذى يصلح به الثمرة، ولا يجوز أن يكون بعضه على رب الحائط لأن ذلك زيادة يزدادها العامل، ولأن النبى ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة بل أنفقوا من أموالهم، وأما ما عدا ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يجوز ولا يلزمه اشتراطه عليه وذلك كحفر بئر ابتداء أو إنشاء غراس أو بناء بيت يجبى فيه الثمر أو ما أشبه ذلك لأن كل هذا زيادة مشترطة على العامل ينفرد بها رب المال، وذلك غير جائز لأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة، وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منع إلا ما قد جوّزه الشرع، ومن ذلك اشتراطه ضفيرة بينها، فاختلفت عبارات أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال: الحائط حول المراح، ومنهم من قال: موضع مجتمع الماء، ومنهم من قال: هى الشجرة يغرسها وجعل موضع دنيتها بينهما ويشبه أن يكون تصحيفًا، وكل ذلك يصح حمل الكلام عليه وإن كنا نعلم أن المراد واحد منها[2]، وما شعث من آلة الحائط، فعلى رب المال صلاحه كالدولاب ينكسر أو يموت بعض البقرة أو يذهب بعض الآلة أو يغور العين أو تنهار البئر وما أشبه ذلك، وإنما قلنا ذلك ليصل العامل إلى العمل ويتمكن منه ولا يبطل حقه.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٥٤٥).

فصل

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على ما شاءا من الأجزاء لأنه عوض على منافع يجوز بغير بدل، فلم يتعذر البدل فيها كالإجارات والقراض، [وإذا][1] ساقاه على عدة أحدقة[2] متفقة الثمار أو مختلفة فلا يخلو أن يكون فى عقد واحد أو عقود مفترقة: فإن كان فى عقد واحد جاز على أجزاء متفقة ولم يجز على أجزاء مختلفة، وإن كان فى عقود مفترقة جاز على أجزاء متفقة ومختلفة، وحكم كل صفقة منفردة بنفسها، وإنما منعنا اختلاف الأجزاء فى العقد الواحد لأنها كالقراض الواحد إذا ضمها عقد واحد فلا يجوز أن يساقى بعضه على جزء وبعض على خلافه، ولأنه ﷺ ساقى أهل خيبر على اختلاف حوائطها سقيًا واحدًا، فلا يجوز خلاف ذلك لأن المساقاة عقد خارج على الأصول ولا يجوز أن يتعدى قدر ما ورد الشرع به، وعلله أصحابنا بأن فيه يرد فضل فى أحد الحائطين لفضل أو نقص فى الحائط الآخر.

فصل

عقد المساقاة لازم ليس لأحدهما تركه بعد عقده إلا برضا الآخر لأنه إجارة فى خدمة عين قائمة كسائر الإجارات، وإن مات العامل قام ورثته مقامه، فإن كان فيهم من يتولى ذلك وإلا أكروا له من ماله، وإن مات رب الحائط، فالعامل على حاله.

فصل

إذا ساقى حائطًا فيه نخل وشجر وأرض بياض[3] وسكتا عن ذكر البياض فلا شىء للعامل فيه، ولرب الحائط زرعه أو إجارته، فإن شرطه العامل لنفسه يزرعه جاز إن كانت قيمة أجرته بقدر [ثلث][4] ثمن الثمرة بعد حط قيمة ما يلزم العامل عليها أو أقل منه، فإن زاد عليه لم يجز.

وإن شرط رب الأرض على العامل جزءًا مما يخرج من البياض جاز.

---

(١) ثبت فى (ب) (فأما إذا).

(٢) جمع حديقة، القاموس المحيط (٣/٢١٩).

(٣) الأرض البياض: هى الخاليه من الزرع والشجر، الكافى (٢/٧٦٨).

(٤) سقطت من (أ).

وإنما أجزنا ذلك فى اليسير لأن رسول الله ﷺ لما ساقى أهل خيبر[1] ألغى البياض الذى كان فيها، ولم ينقل أنه منع اليهود منه ولا أنه استثناه ولا طلب منهم أجرته.

وإنما شرطنا الثلث لأنه معتبر فى الأصول فى البيع، والمقصود إذا أريد الفرق بينهما كمعاقلة المرأة الرجل واكتراء الدار فيها نخلة أو شجرة إذا استثنيت فكذلك هاهنا، ومنعناه فيما زاد عليه لأنه يصير مقصودًا بالشرط وزيادة ينفرد بها العامل ويخرج على التبع، وإنما جاز لرب الأرض أن يشترط بعض ما يخرج منها لأنه لما جاز له إلغاء الجميع للعامل وجُعِل تبعًا معفوًا عنه جاز له اشتراط بعضه تبعًا للسقاء، ويجب أن يكون الجزء الذى يشترطه موافقًا لجزء عقد السقاء لا مخالفًا له.

فصل

يجوز أن يكترى الرجل الدار يسكنها أو الأرض البياض يزرعها وفيها نخلة أو شجرة قيمة ثمرتها الثلث فدون، فيستثنيها المكترى، وإن زادت على ذلك لم يجز له استثناؤها وقال أبو حنيفة[2] والشافعى: لا يجوز ذلك فى القليل والكثير[3]، وإنما أجزنا ذلك فى اليسير لأن الضرورة تدعو إليه لتطرق صاحب الدار عليه كل وقت إذا أراد أخذ ثمرته فربما كره المكترى مروره عليه ونظره إلى منزله واحتاج إلى تكلف ستر ما يكون فى الدار عنه وغير ذلك مما يشق إذا تكرر، فجعل له إزالة الضرر عنه باستثناء ذلك ليقطع تطرق المالك عليه، كما أجزنا للمعرى شراء العرية، فحرمها لقطع تطرق المعرى عليه.

فصل

وإنما فصلنا بين الثلث وما زاد عليه للإجماع على منع ذلك فيما زاد على الثلث لأن

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ملك العلماء الكاسانى: استثناء بعض من المبيع بمنزلة شرط فاسد أدخل فى البيع فوجب فساد البيع، وكذلك هذا فى عقد الإجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٥/ ١٧٥)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/ ٢٧٩).

(٣) ذكر الشيخ النووى رحمه الله أنه إذا كان المبيع محددًا والاستثناء مجهولاً كبيع الثمرة إلا عشر نخلات منها لا بعينها كان العقد باطلاً. وذكر قول الإمام مالك رحمه الله، انظر شرح المهذب (١١/ ٤٤٦)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/ ٢٧٩)، قلت: ومثل البيع الإجارة، والله أعلم.

ما دون الثلث يسير بيع لا يتهم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، كما لا يتهم بذلك فى العرية، وإذا كان زاد على ذلك صار مقصودًا أو خرج أن يكون تبعًا كزيادة العرية على خمسة أوسق.

فصل

تجوز مساقاة البعل وهو الذى يشرب من أصله من غير سقى، وكذلك كل ما يسقى على اختلاف أنواع السقى، لأن ذلك محتاج إلى خدمة وتعهد وآبار ومراعاة وقطع جريد وغير ذلك، فجاز السقاء عليها.

فصل

انتهاء المساقاة إلى الجذاذ إذا كان السقاء لسنة واحدة لأن الحقوق تنقطع عنه ويقع الاستيفاء فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك يستحق لثمرة العام [المقبل][1] فلا يلزم إلا بعقد مستأنف، فأما إذا كان عقد السقاء لعدة أعوام، فإن العامل لازم له إلى انقضاء المدة التى عقدا عليها.

فصل

تجوز المساقاة على ثمرة بعد ظهورها خلافًا للشافعى[2]، لأن المساقاة إنما تجوز لحاجة الثمرة إلى السقى والخدمة والضرورة من الملك إلى استيعابه غيره وهذا يستوى فيه المعدوم والموجود، ولأن ذلك إذا جاز قبل وجودها مع كثرة الخطر كان جوازه بعد الوجود مع قلة الخطر أولى.

فصل

واختلف فى جواز المساقاة يليها بعد طيبها: قال ابن القاسم: لا تجوز، وقال سحنون: تجوز، فلابن القاسم أنه لا ضرورة إلى المساقاة لجواز بيعها والإجارة عليها،

---

(١) ثبت فى (أ) (المستقبل).

(٢) فى أحد قوليه قال النووى: فى جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولان: أظهرهما: الجواز. وفى موضع القولين طرق أصحها: أنهما فيما قبل بدو الصلاح فأما بعده فلا يجوز قطعًا. والثانى: القولان فيما لم يتناه نضجه. فإن تناهى لم يجز قطعًا. والثالث: طردها فى كل الأحوال)، انظر روضة الطالبين (٥/ ١٥٢).

ولسحنون أن الضرورة إلى سقيـها وتعهدها باقية لحاجتهـا إلى قيامها فى النخل فكانت كالتى لم يبد صلاحها[١].

فصل

إذا أخرج الحائط خمسة أوسق ففيـه الزكاة، بخلاف الشركة فى الثمرة لأن العامل لا يستحق إلا بعد الصلاح، وببدو الصلاح قد وجبت الزكاة، فكان الوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل، ويجور أن يشترط أحدهمـا الزكاة على الآخر فى حصته بخلاف القراض لأن ذلك جزء معلوم.

فصل

مساقاة النصرانى جائزة إذا كان هو العـامل، فإن كان المسلم هو فيكره لأن فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصرانى له وتواضعه لشيء يناله من الدنيا[٢].

فصل

لا يجور فى المساقاة زيادة يشترطهـا أحدهما على الآخر كالقراض[٣] لأن بهما ضيق لا يحتمل الشروط لخروجها عن الأصول فيجب الاقتصار بها على ما ورد به الشرع.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٥).

(٢) قال ابن عبـد البر: (ولا بأس بمساقاة الذمـى فى مساقاة أو فى شىء من الإجـارات والأعمال)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٧٠).

(٣) المدونة الكبرى (٤/ ٦).

باب

يجوز كراء الأرض[١] للزرع بالذهب والفضة والعروض والحيوان، ولا يجوز بالطعام كله على اختلاف أصنافه كان مما تنبته كالحنطة والشعير وسائر الحبوب والثمار، ومما لا تنبته كالعسل واللحم وغير ذلك، ولا ببعض ما تنبته من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر الزعفران، ويجوز بالخشب والقصب وما في معناهما.

فصل

[وإنما أجزناه بالذهب والفضة وسائر العروض لعموم قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥] والإجارة بيع المنافع، وفى حديث رافع أنه ﷺ نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها[٢]، فأما الذهب والفضة فلا بأس به، ولأن كل ما جار بيعه جازت الإجارة به.

فصل

فإنما منعنا أن تكرى بالطعام، فلأن ذلك هو المحاقلة[٣] المنهى عنها والمخابرة كراؤها ببعض ما يخرج منها، وقال أبو حنيفة: كل ما جاز أن يكون ثمنًا فى البياعات جاز أن تكرى به الأرض[٤]، وقال الشافعى: يجوز بالحنطة فى الذِّمَّة ولا يجوز إذا شرط أنه مما تنبته تلك الأرض، ويجوز بالطعام الذى لا يخرج منها كالعسل والسمن[٥].

فدليلنا على منع ذلك حديث رافع قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ حتى روى لنا عنه أنه قال: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكريها بثلث أو بربع أو بطعام مسمى»[٦] وهذا نص، ولأنه طعام فأشبه ما تنبته، ولأن ذلك بيع طعام

(١) الكراء: بيع منفعة ما لا يمكن نقله، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٢٤).

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٨٣) ح (١١٥/ ١٥٤٧) وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٦) ح (٣٣٩٣).

(٣) قال صاحب المطلع: قال صاحب المطالع: المحاقلة: كراء الأرض بالحنطة أو كراؤها بجزء مما يخرج منها، المطلع (ص/ ٢٤٠).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٦٤).

(٥) الأم للشافعى (٣/ ٢٤٠).

(٦) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٨٤) ح (١٢٠/ ١٥٥٠) بنحوه. وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٧) ح (٣٣٩٥) ولفظه عند أبى داود.

بطعام متأخر ومجهول لأن المالك كأنه باعه بهذا الطعام أو ما تنبته أرضه أو كراء من طعام بمثله إلى أجل وابتاع منه عسلاً أو لبنًا بما تخرجه أرضه إلى أجل، فدليلنا على منع إجارتها ببعض ما يخرج منها من غير الطعام أنه ﷺ نهى أن تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها[١]، ولأن الكتان والقطن وغيرهم مما تنبته الأرض فأشبه إذا اشترطا الثلث أو الربع، وأما القصب والخشب فإنه ليس مما يزرع أو يقصد كراؤها لزرعه فجاز][٢].

فصل

لا يجوز شرط النقد إلا فى المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها، والاعتبار فى ذلك بحال الأرض وعادتها فى الشرب، وإنما منعناه ذلك بمثل ما منعناه فى البيع: وهو أن يكون بيعًا وسلفًا وقرضًا جر نفعًا وقد فسرناه فى الإجارة.

فصل

الشركة فى الزرع جائزة وصفتها: أن يتكافيا فى العمل والمؤنة والأرض والبذر، فإن كان البذر من عند أحدهما[٣] والأرض من عند الآخر فلا يجوز: كان العمل عليهما أو على أحدهما لأن الذى له البذر قد باع حصته من شريكه بما تخرجه أرضه وذلك طعام بطعام متأخر إن زرعا طعامًا، ومخابرة وكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وصاحب الأرض قد أكرى حصته ببعض ما يخرج منها، وذلك غير جائز، فإن زرعها على ذلك وتكافيا فيما سواه من العمل والبقر فالزرع لمن وليه منهما، فإن وليه صاحب الأرض فالزرع له وتغرم لصاحب البذر مثل مكيلة بذره، وإن وليه صاحب البذر [فالزرع له ويغرم لصاحب الأرض نصف كراء أرضه، فإن ولياه جميعًا اقتسماه نصفين فكان على صاحب الأرض نصف مكيلة البذر][٤]، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض، ويجوز أن تكون الأرض بينهما أو لأحدهما ومن الآخر البقر والمؤنة ويكون البذر من عندهما والذى يحترز منه فى هذا الباب أن يؤدى إلى كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوى، فإذا سلم من ذلك جاز.

(١) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٨١) ح (١١٣/ ١٥٤٨)، وابن ماجه: الرهون (٢/ ٨٢٣) ح (٢٤٦٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)

١٨
كتاب الشركة (٢)

الشركة علـى ضربين بمال وبدن، فأما شـركة الأموال فعلى ضربيـن: شركة عنان، وشركة مفاوضة.

والعنان هى أن يخرج كل واحـد منهما رأس مال مثل مـا يخرج صاحبـه أو أكثر أو أقل ويخلطاه ويكون فى حكم المختلـط وإن لم تكن عينه مخالطة للآخـر مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما عليه ويكون العمل عليـهما بحسب رؤوس أموالهما والربح بينهما على مثل ذلك، فهذا نوع جائز من الشركة، ولا يجوز أن يشترط العمل أو الربح بخلاف رؤوس الأمـوال، فإن عقدا الشـركة على ذلك وعمـلا فالشركة فـاسدة ويكون الربح والخسران بينهما على قدر المالين ويرجع من قل رأس ماله على صاحبه بأجرة المثل في نصف الزيادة.

والمفاوضة أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر التصرف والبيع والشراء حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه دون ما ينفرد أحـدهما بملكه مما لـم يدخله فى رأس مال الشـركة ويجوز فـيهـا تساوى رؤوس الأموال وتفاضلها إذا كان العمل والربح بقدرة الله.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الشركة فى اللغة: الاختلاط.

وفى الاصطلاح: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكًا فقط والأخصية بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما فى الجميع. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٣١).

وشركة الوجوه[1] باطلة، فأما شركة الأبدان[2] فتجوز بشرطين: أحدهما اتفاق الصناعتين كالاشتراك فى الخياطة والقصارة والنجارة وغير ذلك من الصناعات، وتجوز عندنا فى الاصطياد والاحتطاب، ولا تجوز مع اختلاف الصناعتين كقصار وحداد وصبّاغ وصواغ، والثانى أن يكونا فى موضع واحد، فإن افترقت الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات أو اختلفت، وإن افترقت الصناعتان لم يجز افترقت الأمكنة أو اتفقت، وتجوز الشركة بالعروض على القيمة.

فصل

وجواز الشركة فى المال على الشرط الذى قدمناه مجمع عليه، وإنما الخلاف فى انخرام بعض أوصافها على ما سنذكره، وذكر بعض أصحاب مالك عنه أنه سئل عن شركة العنان فقال: لا أعرفها، ومن سمّاها بذلك فسرها على وجوه من الاشتقاق: قيل: معناها تساوى الشريكين فى التصرف والمال فى الكثير والقليل كتساوى الفارسين فى السير، وقيل: لأنها شركة ظاهرة مأخوذة من عنانى الشىء إذا أخطر ببالك فأظهرته[3]، وقيل: إنها معروفة فى اللغة كقول الشاعر:

وشركنا قريشًا فى علاها وفى أحسابها شرك العنان

وفى الجملة فمن أى شىء ثبت أنها أخذت إذا كانت على الصفة التى ذكرناها فإنها جائزة، وإنما شرطنا أن تكون أيديهما على المالين بخلط أو جعله فى صندوق أو غيره خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الشركة تصح وإن كان مال كل واحد منهما فى يده إذا عيّناه وأحصراه[4]، لأن الشركة تقتضى تساويهما فى الاشتراك بالمال، فإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة [لأنهما على ما كانا عيه من انفراد المالين فلم يحصل منهما إلا القول، ومجرد القول لا يأتى له بدليل: أنهما لو تعاقدا إلى الشركة][5]

(١) قال فى الحدود: (قال القاضى أبو محمد: هو أن يشتركا على الذمم دون مال ولا صنعة على أن ما اشترياه يكون فى ذمتهما وربحه بينهما، وقيل: أن يشتركا على أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه). شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٣٦).

(٢) «هى عقد على عمل بين شخصين والربح بينهما على حسب ما لكل أو عمله بما يدل عرفًا»، انظر بلغة المسالك (٢/ ٦٨٥).

(٣) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٣٥٩).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥١)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

على مال ولم يعيِّناه فإنها لا تنعقد لأن الشركة لا تحصل على مال لم تثبت أيديهما عليه، ولأن كل واحد من المالين يثبت على ملك صاحبه فلم تثبت به شركة، أصله سائر أمواله، عكسه إذا خلطاه أو كانت أيديهما عليه.

وإنما شرطنا خلطهما حتى لا يتميزا إذا كانا بحيث تنالهما أيديهما بالتصرف خلافًا للشافعى فى قوله: إن الشركة لا تنعقد إلا بخلط المالين[1] لأن أيديهما ثابتة على المالين كما لو خلطاهما.

وإنما شرطنا أن يكون العمل والربح على قدر رؤوس الأموال خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: يجوز أن يخرج أحدهما ألفًا والآخر ألفين ويعملا بالمال على أن الربح بينهما نصفين[2]، لأنه قد ثبت أن عقد الشركة يوجب فى جهة كل واحد من الشريكين قسطًا من الربح والخسران ثم اتفقا على أن أحدهما لو شرط على الآخر جزءًا من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز كذلك إذا شرط جزءًا من الربح بعلة أنهما ثمرتا مال الشركة، فوجب تساويهما فيه بقدر المال، ولأن الربح ثمنه المال والمال أصله، فوجب أن يتقسط بين الشريكين على قدر الملك كأجرة العقار.

فصل

وإنما قلنا فى العمل: إنه يجب التساوى فيه على قدر رؤوس الأموال كالربح لما ذكرناه فى الربح، ولأن اشتراط الزيادة استئجار من مشترطها للآخر بفضل ربح ماله وذلك غرر، ولأن كل واحد ترك العمل [يستحق عليه بحق الشركة بما بذله من فضل ربح ماله كما لو شرط العمل][3] على صاحب الألفين والربح بينهما نصفين، أو شرط أكثر الربح للذى لا يعمل وأقله للذى يعمل.

إنما قلنا: شركة المفاوضة جائزة خلافًا للشافعى[4]، لأن تقدير الشركة أنهما أخرجا

---

(١) الأم للشافعى (٣/ ٢٠٦)، روضة الطالبين (٤/ ٢٧٧).

(٢) قال الموصلى: (وتصح مع التفاضل فى المال والتساوى فى الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل وقال زفر: لا تصح المساواة فى المال والتفاوت فى الربح ولا على العكس)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) قال الإمام الشافعى: لا أعرف شيئًا من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطل إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسما الربح فهذا لا بأس به)، الأم (٣/ ٢٠٦)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٤٧٥).

المالين ثم وكل كل واحد منهما الآخر فى التصرف فيه على الإطلاق وذلك جائز، ولأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالعنان لكن تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما قبل صاحبه من الحقوق والضمان يصح فى الذمة لمجهول، كمن استهلك شيئًا لمن لا يعرفه.

وإنما قلنا: إنه يجوز أن ينفرد أحدهما بمال لا يدخله فى الشركة وإن تفاضل رؤوس الأموال، خلافًا لأبى حنيفة فى منعه كل ذلك[1]، وقوله: إن موضوع المفاوضة يقتضى التساوى، لأن كل شركة جازت مع تساوى رءوس الأموال جازت مع اختلافهما كالعنان، ولأنها شركة بمال فى مكسب مباح فوجب أن يستوى فى الجواز استواء المالين واختلافهما كالعنان، ولأن عقد الشركة هو بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر وتوكيل أحدهما الآخر فى التصرف وذلك لا يفتقر إلى تساوى المالين.

وإنما قلنا: إن شركة الوجوه باطلة وهو أن يشتركا بغير مال بل بالذمم مثل أن يشتريا شيئًا فى ذممهما على أن يبيعان ويقتسما ربحه خلافًا لأبى حنيفة[2]، لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم تصح، أصله إذا قال: بع عبدك وأنا شريكك فى ثمنه أو ابتع ما تبتاعه ولى نصف ربحه، ولأنه كل واحد يستعير وجه صاحبه ووجاهه[3] أو مستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح وذلك من الغرر وأكل المال بالباطل، ولأن كل واحد يصير بائعًا لنصف ما يشترى الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول.

وإنما قلنا: إن شركة الأبدان فى الجملة جائزة خلافًا للشافعى[4] لأن العمل مما يجوز المضاربة عليه فجازت الشركة عليه من جهتهما كالمال، ولأنه أحد أصلى عقد القراض كالمال، ولأن المقصود من شركة المال هو العمل بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون على العمل وأنهما لو شرطا العمل على أحدهما لم يجز، ولو شرطا المال من عند أحدهما والعمل من الآخر لجاز ولكان مضاربة، وإذا صح هذا وجب متى اشتركا فى عمل البدن أن يصح لإيقاعهما العقد على الوجه الذى له يقصد وهو الأصل فيه، ولأن العمل نوع من الشركة فصح أن يكون من جهة أحد الشريكين ويستحق به الربح بدليل المضاربة، وكل ما جاز أن يستفاد به الربح فى حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه كالمال.

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى (٦/ ٧٢).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ١١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٤٩).

(٣) ثبت فى بعض النسخ (ووجهه)، وما أثبتناه من (ب).

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٤٧٩)، المهذب للشيرازى (١/ ٣٤٦).

وإنما أجزناها فى الاصطياد والاحتطاب خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأنه عمل مباح يكسبه فجازت الشركة فيه كالخياطة، ولأن الحاجة داعية إلى التعاون على ذلك كسائر الصنائع.

فصل

وإنما شرطنا الاتفاق فى الصنعة المشتركة خـلافًا لأبى حنيفة فى تجويزه شركة القصار والدباغ[٢]، لأن أحدهمـا لا وفق له فى مشاركـة الآخر فلا حـاجة به إلى معـاونته ولا تعلق لكسبه بعـمله، فإنما قصد الغرر والقـمار فقط فلأن كل واحد منهمـا يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشاركه الآخر فى مثل ذلك فلم يصح، أصله إذا قال: اتجر فى مالك لنفسك وأتجـر أنا فى مالى لنفسى فمـا ربحت فلك نصفه وما ربحت أنت فلـى نصفه، وإنما شرطنا أن يكونا فى مـوضع واحد لأن التساوى فى العـمل لما كان معتـبرًا وكان لا يمكن الرفق والمعاونة إلا على هذا الوجه وجب اعتباره.

وإنما أجزنا الشركة بالعروض وصفتـها: أن يخرج أحدهما ثوبًا والآخر ثوبًا أو عرضًا غيره، ويعقـدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقـدر رأس المال فيصح عندنا وإن لم يذكر أثمانًا ولا قالا: إن ثمن هذا الثوب كذا وثمن هذا الآخر كذا، وإذا سكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض فيكون رأس مال كل واحد قيمة عرضه وسواء كانت العـروض مما يتمـيز أعيـانها الثـياب والدراهم السود مع البـيض، أو مما لا يتمـيز كالحنطة والعسل، وقال الشافعى: إن كانـت الشركة على أثمان العروض صحت مثل أن يقول أحدهـما: ثمن عرضى مائة، ويقـول الآخر: ثمن عرضى مائتـان فيعقـدا الشركة على ذلك ويكون رأس المال ثمن العرضـين، فأما إن سكتا فينظر: إن كـان العرضان لا يعرفان بأعـيانهما ولا يتـميزان بالخلطة، فإن الشركـة تصح بينهما، وإن كانت مما يتـميز كالثياب وغيـرها فلا تصح مع سكوتهما[٣]، ودليلنا على جـواز الشركة بالـعروض على الوجه الذى قدرناه قوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة:١] ولأن العروض أعيان أموال، فجازت الشركة فيها وإن لم يسميا أثمانها اعتبارًا بما لا يتميز.

***

---

(١) قال المرغينانى: (ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه)، الهداية (٣/ ١٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥٤).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ١٠ـ١١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥٦).

(٣) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٤٧٣).

[بسم الله الرحمن الرحيم] (١)

١٩
كتاب الرهون (٢)

الأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبًا فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]، وقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن»(٣) وقوله: «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»(٤)، وقوله: «الرهن محلوب ومركوب»(٥)، ولأنه ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله(٦)، ولأنه وثيقة بالحق كالكفالة، ولأن الحق يتعلق تارة بالذمة وتارة بعين المال، فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلته في تعلقه بالأمرين.

مسألة

الرهن جائز في الحضر والسفر خلافًا لمن قصره على السفر(٧)، لما روى أنه ﷺ مات ودرعه مرهونة عند يهودي على شعير أخذه لأهله(٨)، وهذا رهن في الحضر واعتبارًا

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الرهن في اللغة: اللزوم والحبس، وفي الاصطلاح: (مال قبضه توثق به في دين). الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٠٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه: الرهون (٢/ ٨١٦) ح (٢٤٤١)، والدارقطني: سننه (٣/ ٣٢) ح (١٢٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٦٦) ح (١١٢١٩)، وانظر نصب الراية (٤/ ٣١٩).

(٤) تقدم تخريجه، انظر الحديث السابق.

(٥) أخرجه الدارقطني: سننه (٣/ ٣٤) ح (١٣٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٦٤) ح (١١٢٠٧)، انظر تلخيص الحبير (٣/ ٤٢) ح (٥).

(٦) أخرجه البخاري: الرهن (٥/ ١٦٨) ح (٢٥٠٩) ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢٢٦) ح (١٢٤/ ١٦٠٣).

(٧) قال الإمام الشوكاني: (وخالف مجاهد والضحاك فقالا: لا يشرع إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال داود وأهل الظاهر لأحاديث ترد عليهم وقال ابن حزم: إن شرط المرتهن في الحضر لم يكن له ذلك)، نيل الأوطار (٥/ ٢٣٤)، المغني (٤/ ٣٦٧).

(٨) تقدم تخريجه.

بالسفر لأن الحاجة تدعو إليه فى الموضعين، ولأن كل وثيقة جاز أن يستوثق بها فى السفر جاز أن يستوثق بها فى الحضر كالضمين.

مسألة

كل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن فإن أخذ الرهن به جائز خلافًا لمن حكى عنه أنه لا يجوز إلا فى السلم، لقوله تعالى: **﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبًا فرهان مقبوضة﴾** [البقرة:٢٨٣]، وروى أنه ﷺ رهن درعه عند يهودى على شعير اقترضه[1]، ولأنه دين لازم يمكن أخذه ثمن الرهن كالسلم.

فصل

إذا ثبت فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه من ذلك الأثمان فى البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة، فإن الصرف من شرطه التقابض عقيب العقد ورأس المال فى السلم لا يجوز أن يكون دينًا لأنه يكون دينًا بدين، فأما المسلم فيه المتعلق بالذمة إلى الأمل فيجوز أخذ الرهن به، وكذلك القرض والغصب وقيم السلع المتلفات وأروش الجنايات فى الأموال، وفى جراح العمد الذى لا قود فيه كالمأمومة والجائفة، فأما قتل العمد والجراح التى لا يقاد منها فعلى قول مالك أنه ليس فيها إلا القود لا يجوز أخذ الرهن بها لأن الحق لا يمكن استيفاؤه منه، وعلى قوله: إن الواجب به التخيير بين القود والدية، فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بها، ويجوز فى قتل الخطأ أخذ الرهن ممن تتعين الدية عليه من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز فى العارية التى يضمن أخذ الرهن فيها ويجوز فيما لا يضمن منها ويجوز أخذ الرهن فى الأجرة على الإجارة كالثمن فى البياعات وفى المنافع المستأجرة عليها المضمونة فى الذمة دون الأعيان، وكذلك الجعل بعد العمل لأنه قد لزم ولا يجوز قبله، ويجوز الرهن فى المهر، ولا يجوز فى الحدود ولا فى القصاص ولا فى الكتابة.

مسألة

يصح عقد الرهن من غير قبض لكن القبض شرط فى صحته، فإذا عقد الرهن صح ولزم الإقباض، فإن امتنع الراهن منه أجبر على ذلك، ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما

(١) تقدم تخريجه.

لم يكن من المرتهن تراخ فى المطالبة بـه ورضا بتركه فى يد الراهن، وقال أبـو حنيفة[١] والشافعى: إذا عقداه من غير قبض فـهو جائز وليس بلازم، فإن شاء الراهن قبضه ولزم وإلا فله ألا يقبـضه ولا يلزم[٢]، ودليلنا قـوله: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣] وليس يخلو أن يكون شـرطًا أو أمـرًا وأيًا كان ذلك فـالعـقـد حاصل وإن لم يـوجد وكـذلك الاسم، ولأنه عقـد من العقود فلم يكـن من شرط انعقـاده قبض المعقـود عليه، أصله سائر العقود، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقادة كالبيع.

فصل

وإذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان رهن شـيئًا من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه فلا يقبل إلا ببينة تشهد بمعاينة القبض خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يكفى التقارر فى ذلك[٣]، لأن إقرار المقر على نفسه إنما يقبل فـيما لا يسقط حق غيره ويمكن أن يكونا قد تراضـيا على الإقرار بذلك لـيسقط حق باقى الغـرماء فلم يقبل إلا بشـهادة البينة عليه.

فصل

استدامة القـبض شرط فى صحة الرهن فمتى حصل مـقبوضًا ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو بعارية أو وديعـة أو غير ذلك فقد خرج من الرهن خلافًا للشافعى[٤]، لقوله تعلى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]، فعم سائر أحـوالها، ولأنها حال من أحـوال الرهن فكانت تبـقيتـه فى يد الراهن باخـتيار المـرتهن مخرجـة له عن الرهن، أصله الابتداء.

فصل

يصح عقد الرهـن قبل وجوب الحق، فإذا وجب الحق كان رهنًا بـه بذلك العقد ولا

---

(١) قال الموصلى:(ولا يتم إلا بالقبض أو بالتخلية وقبل ذلك إن شاء سلم وإن شاء لا). الاختيار (٢/ ٧٩)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٦٦).

(٢) الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٠)، روضة الطالبين (٤/ ٦٥).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ١١٥)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ١٩٧).

(٤) قال الماوردى: (خروج الرهن من يد المرتهن إلى يد الراهن لا يبطل الرهن لأن استـدامة قبضه ليست شرطًا فى صحته)، الحاوى الكبير (٦/ ٣٢).

يحتاج إلى استئناف عقد ثان، وكذلك يصح تقدم الضمان على الحق المضمون، وقال الشافعي: لا يصح[1]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] فعم، ولأنه أذن له فى قبضه على وجه الأمانة والضمان فصح كالوديعة والقضاء إذا قال له: اقبض ما يجيئك به فلان من متاعى وديعة لى عندك أو خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك.

فصل

يجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين يتراضيان به وإن لم يقبضه المرتهن، خلافًا لمن قال: لا يصح إلا إذا قبضه المرتهن بنفسه[2]، لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣] معناه من الراهن وهذا موجود، ولأنه مقبوض من الراهن بحق برضا المرتهن فأشبه أن يقبضه بنفسه.

فصل

يصح رهن المشاع خلافًا لأبى حنيفة[3]، لأنهم إن سلموا أن قبضه يصح فالظاهر يتناوله لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]، وإن منعوه دللنا عليه بأن صفة القبض متساوية لا تختلف باختلاف ما يوجبه من كونه بيعًا أو رهنًا، وقد ثبت أن بيع المشاع جائز وأن بيع ما لا يمكن قبضه لا يصح وصح إن كان قبضه ممكن، ولأنه مما يصح قبضه بالبيع فصح ارتهانه كالمقسوم، ولأن الإشاعة لا تمنع صحة الرهن كما لو رهن داراً من رجلين فى عقد واحد.

فصل

إذا ثبت أن رهن المشاع جائز ولا يخلو باقيه أن يكون له أو لغيره، فإن كان للراهن لم يصح الرهن إلا أن يقبضه الكل لأنه ما لم يقبضه فيد الراهن باقية عليه، وإن كان للمرتهن أو للأجنبى صح إذا خرجت يد الراهن عنه.

---

(١) قال الماوردى: (أن يعقد قبل ثبوت الدين فهو أن يقول: قد رهنتك دارى على أن تداينني أو تبايعنى أو على ما يحصل لك علىَّ فهذا رهن باطل لتقدمه على الدين)، الحاوى الكبير (٦/ ٢٠).

(٢) حكى ذلك عن الحكم والحارث العكلى وقتادة وابن أبى ليلى. المغنى (٤/ ٣٨٧).

(٣) الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٧٢).

فصل

إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن أو أفلس بطل الرهن لأن حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص بها بعضهم دون بعض، وإنما يكون المرتهن أحق بتقدم الحيازة قبل موت الراهن وتعلق حقوق الغرماء كلهم بالمال، وهذا متى أمكن الإقبال فلم يفعل، فأما إذا لم يمكنه بأن لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن ويوافقه إلى أن مات أو أفلس، فإن حق الراهن ثابت للمرتهن.

مسألة

الأشياء المرهونة: منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان، فهذا الضرب لا يكون مضمونًا على المرتهن ويكون تلفه من المالك ما لم يكن من المرتهن تعد فيه، ومنها يخفى هلاكه وهو مما يغاب عليه ويبطن كالذهب والفضة والحلى والعروض، فهذا عندنا مضمون على المرتهن إذا قبضه فادعى تلفه يقاص به من حقه، إلا أن تقوم بينة أو يعلم الراهن أنه تلف بغير صنعه ففيها روايتان: إحداهما سقوط الضمان، والأخرى ثبوته عليه وإن شرط فيما يضمن ألا ضمان عليه لم ينفعه، وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم يلزمه، وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان هلاكه من ربه.

فصل

وإنما فرقنا بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر خلافًا لأبى حنيفة فى إيجابه الضمان فى الجميع[1]، [وخلافًا للشافعى فى إسقاط الضمان فى الجميع[2]][3] وقوله: إنه أمانة كالوديعة، لأن الرهن ليس بجارٍ مجرى الأمانات المحضة ولا مجرى المضمون المحض لأنه قد أخذ شبهًا من الأمرين فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد، وذلك أن

(١) الاختيار للموصلى (٢/ ٨١)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٦٧).

(٢) قال الماوردى: (اختلف الناس فى الرهن هل هو مضمون على المرتهن أو غير مضمون. مذهبنا إن الرهن أمانة لا يضمن إلا بالتعدى وبه قال من الصحابة أبو هريرة رضى الله عنه ومن التابعين ابن المسيب ومن الفقهاء ابن أبى ذئب وأحمد بن حنبل وأبو ثور)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٢٥٤)، روضة الطالبين (٤/ ٩٦).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الأمانة المحضة هى ما لا نفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه كله لقابضه كالمشترى أو بتعد أو جناية، وما خرج عن هذا وأخذ شبهًا من الأمرين ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما، وفى مسألتنا فلم يكن تعد ولا جناية فيضمن، ولا مما ينفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن المرتهن بل المنفعة لهما: للمالك بأن حصل له ما ابتاعه أو ملك وبقى الدين فى ذمة لأجل الرهن ولولاه لم يملكه فقد انتفع له وللمرتهن بحصول التوثق به فلم يقبضه لمالكه، كالوديعة وإنما قبضه ليكون على وثيقة بحقه، وإذا أخذ شبهًا من الأمرين لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما على التحديد فيجب الفصل بينه وبينها وفى ذلك ثبوت ما قلناه لأن أحدًا لم يفصل بينهما بما سواه.

ووجه قوله: إنه إذا قامت بينة بهلاكه أو علم بأنه من غير صنعه فلا ضمان عليه إذ سبب الضمان معدوم لأنه إنما يضمن لئلا يكون قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعه، فإذا علم صدقه فلا ضمان ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه قبل قوله ولم يضمنه، ووجه إيجاب الضمان أن أصله مقبوض على ذلك فلا ينتفى عنه حسمًا للباب، والأول أصح.

فصل

وإنما قلنا: يضمن بقيمته ويقاص به من دينه لأن الضمان يتعلق بما حصل فى قبضه، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة، وإذا قلنا: يقاص به من دينه لأن رب الرهن قد استحق فى ذمة المرتهن حقًا فلم يكن لأحدهما مطالبة الآخر بما يستحقه إلا ويتوجه للآخر عليه مثل ذلك، فوجب القصاص وترادا الفضل بينهما، فإن كان فيه فضل عن الحق غرمه المرتهن، وإن كان أقل منه لزم الراهن بقية الحق، وإن كان بقدره كان قصاصًا.

فصل

وإنما قلنا: إذا شرط [فى نوع منه خلاف موجبه لم ينفعه لأنه شرط][1] ينافى حكم أصل العقد فلم يثبت، أصله إذا شرط فى الوديعة أنه ضامن أو شرط [فى القرض أنه

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

غير ضامن، ولأن مـا يلزم العقد ويكون هو أصل فى][1] قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح كما لو شرط فى النكاح أنه لا يطأ وفى البيع أنه لا يتصرف فى المبيع.

فصل

وإنما قلنا: إن الرهن إذا كان على يد أمين: فـإن تلفه من ربه لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحوز وهذا معدوم، والأمين هو فى يده أمانة لأنه قبـضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنه، ولأن ربه لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن له عليه سبيل.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فتلف الرهـن المضمون فى يد المرتهن: فإن اتفقا على قيـمته وقدر الدين فلا كـلام، وإن اختلفا لم يخل اخـتلافهمـا أن يكون فى قدر الحق أو فى قيـمة الرهن أو فيهـما: فإن كان فى قـيمة الرهن وصفة المرتهن وقـوّم على صفته فـإن وافقه الراهن على صفته قـوّم على تلك الصفة، فإن خالفه فالقـول قول المرتهن مع يمينه فى ذلك لأنه غارم، والأصـول موضوعة على أن القول قـول الغارم مع يمينه، فـإذا قومه أهل الخبرة على الصفة التى حلف عليها المرتهن حط مـقدار دينه من القيمة وأخذ فضلاً إن بقى له أو رجع عليـه بفضل إن بقى عليه فـإن امتنع المرتهن أن يحلف على الصـفة التى ادعها ثم ردت اليمين على الراهن فحـلف على ما يدعيه من الصفة ثم قُوِّم الرهن على صفتـه، وإن جهلت صفته حلف المرتهـن على قيمته فـقط لأنه لا يوصل إلى أكثر من ذلك، ومن ادعى منهما فى الـصفة ما يكذبه العرف لم يتلفت إلى دعـواه، فأما إن اتفقا على صفته واختلفـا فى قدر الحق الذى رهن به: فإن المرتهن يحلف على ما يدعيه ثم يثبت له منه قـدر قيمة الرهن، ويقـال للراهن: إما أن تحلف على ما يدعيـه ويسقط عنك قدر ما زاد على قـيمة الرهن، وإلا لزمك ما حلف عليـه المرتهن، وكذلك لو كان الرهن قائمًا بحاله.

وإنما قلنا ذلك لأن المرتهن إذا قبض الرهن وحازه صار شـاهدًا له بقدر ما يدعيه لأن العادة جارية بأن الناس إنما يرتـهنون ما يساوى ديونهم أو يقاربها لا مـا لا يفى بها، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر مـا يكذبه العرف كانت اليمين فى جنبة ما يصدقه العرف، ولأن أحدًا لا يرتهن على ألـف درهم ما يساوى عشرين درهمًا ولا على

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

عشرين درهمًا[1] ما يساوى مائتين.

وإنما شرطنا أن يكون فى يد المرتهن لأنه إذا كان فى يد أمين سواه، فإذا الراهن لم يرد ائتمانه عليه ولا أن يكون الرهن شاهدًا له بدعواه، فكان القول قول المدعى عليه [منهما][2] مع يمينه، فأما إذا كان الخلاف فى أصل هلاك الرهن فادعى المرتهن هلاكه وأكذبه الراهن فزعم أنه غيبه وأنه باق بحاله، فإن المرتهن يحلف على أنه قد هلك ثم يكون الحكم فى الصفة والتقويم على ما وصفناه.

فصل

إذا اختلفا على عين رهن: فقال الراهن: ليس هذا رهن، وقال المرتهن هذا الذى رهنته عندى، فالقول قول المرتهن لأن المرتهن مؤتمن على عين الرهن، فالراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى عليه لا يعترف بها، ولأنه لما رضى بأمانته وأن يكون الرهن فى قبضته ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه وجب أن يكون القول قوله فى ذلك.

فصل

ومن أقر لرجل بسلعة فى يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه وأنكر ربها أن يكون رهنها منه وأنكر الدين، فالقول قول رب السلعة مع يمينه لأن الذى هى فى يده معترفًا له بها ويدعى تعلق من له بعينها فلا يقبل منه إلا ببينة، ولا يكفى فى ذلك كونها بيده لأن ذلك لا يوجب تعلق حقه بها.

مسألة

نماء الرهن على ضربين: أعيان وغير أعيان، فغير الأعيان لا يدخل مع الرهن فى كونه رهنًا مع أصله، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك.

والأعيان ضربان: منها ما ينفصل ويتميز عن الأصل، ومنها ما لا يتميز، فالذى لا يتميز هو مثل كبر الصغير وسمن المهزول هذا لا خلاف أن حكمه حكم العين المرهونة، والمتميز نوعان: نوع منه نسل أو ما يجرى مجرى النسل فى الحكم فهذا يكون رهنًا مع الأصل كولد الأمَة والدابة وفسيل النخل[3] وفراخ الشجر، والنوع الآخر لا يوصف

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) الفسيلة: النخلة الصغيرة، القاموس المحيط (٤/٢٩).

بذلك فلا يكون رهنًا مع أصله كثمار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا: إن الأجرة والغلة لا يكونان رهنًا لأنهما أعيان منفصلة عن الرهن لا يكون حكمهما حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والإجارات فلم يدخل معه فى الرهن لأن ذلك غلة وخراج والرهن تناول العين دون المنافع، ولقوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه، له غنمه»[1]، وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق لغيره حق فيه.

فصل

وإنما قلنا: إن ما لا يتميز مثل السِمَنْ والكِبَر، حكمه حكم الأصل لأنه نفس العين ليس بعين زائدة عليها، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم فكذلك إذا طرأ عليه، وإنما قلنا: النسل رهن مع الأمهات لأن كل حكم استقر فى رقبة الأم دون منافعها، فإنه يسرى إلى ولدها، أصله ولد أم الولد [وولد المدبرة، ولأن الأصول موضوعة على أن كل حكم يثبت فى الأمهات فإن الولد يتبع أمه فيه من ذلك الزكاة، وولد أم الولد][2]، والمعتق نصفه، وإلى أجل والمدبرة والمكاتبة، فكذلك حكم الرهن، ولأنه نماء من جنس الرهن ومن خلقته وصورته كنماء المتصل به، وإنما قلنا: إن الثمن وغيره من خراجه ليس برهن معه خلافًا لأبى حنيفة[3] لقوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[4] وهذه الإضافة تفيد إفراده ونفى الشركة عنه، ولقوله: «الرهن محلوب ومركوب»[5]، وفائدة ذلك استحقاق الراهن لما يحلب منه ولأجرة ركوبه، ولأنه نماء مميز عن الأصل مخالف له بالخلق والصورة كالكسب أو لأنه نماء من غير جنسه كالأجرة.

فصل

نفقة الرهن على راهنه لأن الذى للمرتهن فيه حق التوثيق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كالكفارة، ومنفعته وخراجه له دون مرتهنه لأنه على ملكه وإنما للمرتهن منه حق التوثق وهو أخذ دينه ثمنه عند تعذر أدائه.

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٤/٤٩٨)، الاختيار للموصلى (٢/ ٨٤).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) تقدم تخريجه.

فصل

إذا غصب عينًا فهى مضمونة عليه بالغصب، ويصح أن يرهنها مالكها منه وهى فى يده قبل أن يقبضها من الغاصب، فإذا رهنها منه صارت مضمونة عليه بالرهن إن كانت مما يضمن بالرهن وزال ضمان الغصب خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يزول ضمان الغصب[1] وإن كان رهنًا، لأنه عقد يقتضى إمساك العين بإذن المالك فوجب أن ينتفى حكم الغصب حال حصوله كالوديعة ولأن ابتداء إمساك العين بإذن مالكها يمنع أن تكون مضمونة ضمان الغصب، أصله إذا ابتدأ إرهان شىء عنده ابتداء، وإذا أقبضه منه ثم أعاده إليه، ولأن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على الغصب سقط به ضمان الغصب، أصله البيع.

فصل

الرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وفائدة ذلك أن يرهنه عبدين على ألف درهم فيقبض منها تسعمائة: فإن العبدين يبقيان رهنًا بالمائة الباقية ولا يستحق على المرتهن بتسليمهما ولا تسليم واحد منهما، وكذلك لو أقبضه العبدين فتلف أحدهما كان الباقى رهنًا بجميع الدين، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم مثل أن يرهنه كُرَّيْن من حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهمًا فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما فى مقابلة الحق خلافًا لمن ذهب إلى أنه يستحق رد ما أدى بقدره، ولأن الرهن مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوسًا بكل حق منه، أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة، فإن بيعها محبوس على الدين، [ولا يستحق الورثة منها شيئًا إلا بأداء جميع الدين][2]، ولأنه وثيقة بحق فوجب أن يكون وثيقة به وكل جزء منه، أصله الضمان.

فصل

إذا رهنه رهنًا بحق له ثم أراد أن يأخذ زيادة على ذلك الحق ويكون الرهن رهنًا بها جميعًا جاز خلافًا لأبى حنيفة[3] وأحد قولى الشافعى[4] أنه يكون رهنًا بالحق الأول دون

(١) روضة الطالبين (٤/٩٨).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال المرغينانى: (وتجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنًا بها) (٤/٤٩٨).

(٤) قال النووى : (يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنًا بعد رهن ثم هو كما لو رهنهما معًا ولو =

الثانى، لأنه وثيقة بالحق، فـإذا اشتغلت بحق جاز أن يشتغل بحق آخـر مع بقاء شغلها بالحق الأول كالضمـين، ولأنها زيادة فى التراهن فى حق المتراضـين كالزيادة فى الرهن لأنه حق تعلق بعين يستـوفى من ثمنها فجاز أن يزاحمه فى التـعلق بها حق آخر، أصله أرش الجناية إذا طرأت عليه جناية أخرى.

فصل

إذا رهن رهنًا على مقدار قيمته أو أقل، فأراد أن يرهن فضله من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتهـنه: فإن رضى جاز وإن لم يـرض نظر، فإن كان الحق بـقدر الرهن[1] أو قيمته أقل من قدر الحق لم يجـز له ذلك، وإن كانت قيمة الرهن زيادة على قدر الحق، فأراد أن يرهن فضله فاختلف فيـه: فقيل: إنه يجوز وإن لم يرض، وقيل: لا يجوز إلا بإذنه.

وإنما قلنا: إنه لا يجوز إذا كان بقيـمة الحق إلا بإذن مرتهنه لأن فى ذلك رجوعًا عن الرهن، كـما لو رهن عـبدين ثم أراد انتـزاع أحدهـما وذلك لأن المرتهن الثـانى يزاحم الأول فى الرهن بعد تعلق حق الأول به وانفراده باستحقاقه فلم يجز إلا برضاه.

وإنما قلنا: إنه يجوز بإذن المرتهن الأول على كل وجه لأن المـنع من ذلك لحقه، فإذا رضى بإسقاطه لم يبق ما يمنع لأجله، ولأنه إن كان بقـدر الحق فقد رضى بأن يزاحمه غيره كـالمرتهن عنده عبدين، فأراد أن يرجع فى أحدهمـا أو يرهنه من آخر، فإن المرتهن إذا رضى بذلك جاز، فإن كان بأكثر من قـدر الحق كان أولى بالجواز لأن الضرر مأمون فيه ووجه القـول بأنه إن رضى جاز ولا يجوز بغير إذنه لأن فى ذلك إضـراره ومشاركة لغيره فى حقه، وذلك رجوع فى الرهن، و لأنه رضى بحق، فإذا زوحم فيه لم يجز إلا بإذن من تعلق حقه به، أصله إذا كان بقـدر الحق، ووجه القول بأنه جائز وإن لم يأذن فلأنه لا ضرر عليه فى ذلك لأن حقه تقدم على حق الآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر حقه وليس له حق فيما زاد على قدر حقه.

= كان الشىء مرهونًا بعـشرة وأقرضه عشرة أخـرى على أن يكون مرهونًا بها أيضًا لم يصح على الجديد الأظهر)، روضة الطالبين (٤/ ٥٦).

(١) ثبت فى (ب) (القيمة).

فصل

إذا رهن عبدًا ثم أعتقه فلا يخلو أن يكون موسرًا، فإن كان موسرًا نفذ عتقه وعجل المرتهن حقــه، وإنما قلنا ذلك لأن العتق مــبنى على التغليب [وفى إيقــاع الراهن له رضا بتعجيل الحق لأن الرجوع فى الرهن غيــر جائز، ولا يجوز الرجوع فى العتق لقوته وإنه مبنى على التغليب][١]، فلو لم نقل أن الحق يتعجل لكان فــيه رجوع الراهن عن الرهن وذلك غير جائز، فإن أراد أن يعطيه رهنًا غيره، فقيل: يجوز إلى أجل الدين قاله شيخنا أبو بكر: ويشبــه أن يكون برضاه، وقال ابن القاسم: ليس له ذلك وهو الصــحيح لأنه ليس له أن يتلف حــقه من الوثــيقــة إلا بأداء الدين لأن ذلك إن جُوِّز له جاز أن يبــذل الرهن بغير رضاه وذلك غير جائز، فأما إن كان الراهن معسرًا، فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهنًا، فإن أفاد مالاً قبل الأجل نفــذ العتق وعجل حق المرتهن على ما ذكرناه، وإن بقى على إعســاره بيع العبد عند حلول الأجل، وقــال أبو حنيفة: نفذ عــتقه موســرًا كان أو معسرًا[٢].

فدليلنا على أنه لا ينفذ مع الإعــسار قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، ولأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن فلم ينفذ مع الإعــسار كالبيع، ودليلنا على نفوذه مع اليسار لأنه لا يبطل حق المرتهن مــع التوثق لأنه إما أن يعجل له حقه فــذلك مقدم على التوثق أو أن يوضع له رهن مكانه، فحق التوثق باق لهذا فارق الإعسار.

وإنما قلنا فى الإعسار: إنه إذا أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل المرتهن حقه لأن المنع من نفــوذه إنما كان لحق المرتهن، فــإذا زال هذا المعنى لم يبق ما يمنع العــتق لأجله كاليسار، وإنما قلنا: يعجل له حقه لما بيناه من أن إعــتاقه رضا بتعجيل الحق، وإنما قلنا: إن بقى على إعساره بيع عند الأجل لأنه باق على الرق لأن العــتق لم ينفذ فحق التوثق متعلق به.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال المرغينانى: (وإن كان معسرًا سعى العبد فى قيمة الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر)، الهداية (٤/٤٨٧ ـ ٤٨٨)، الاختيار للموصلى (٢/٨٩).

فصل

إذا رهن أمته لم يجز له وطؤها[(١)] لأن فى ذلك إعادتها إلى قبضه وتعريضًا لبطلان حق المرتهن منها لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها، فإن فعل نُظر، فإن كان بإذن المرتهن بطل الرهن لأن إذنه له فى التصرف رضا منه بإعادته إلى قبض الراهن، فقد بينا أن استدامة القبض من شرط صحة الرهن، وإن كان بغير إذنه فإن لم تحمل فهى رهن بحالها، وإن حملت وله مال كانت أم ولده وعجل للمرتهن حقه اعتباراً بالعتق، وإن لم يكن له مال بيعت وقضى الحق من ثمنها اعتباراً بالعتق المنجز، فإن كان ثمنها أقل من الحق أتبعه بالباقى فى ذمته، وإن كان ثمنها أكثر بيع منها بمقدار الحق وكان ما بقى بحساب أم الولد لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها، ولا يباع الولد بحال لأنه واطئ لأمته داخل على حرية ولده[(٢)]، وإن كان فيه شبهة على ما ذكرناه، فإن وطئها المرتهن فهو زان والحد لازم له والولد لا يلحق ويكون معها رهنًا يباع ببيعها، وإنما قلنا: إنه زان لأن الوطء لا يستباح إلا بنكاح أو ملك وكل ذلك معدوم وليس بواطئ شبهة، فلذلك يلزمه ما يلزم الزانى، وقلنا: إن الولد رهن معها اعتبارًا بزناها بغيره، وإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها [فذاك شبهة إن كان يظن أن مثل هذا يبيح الوطء وتلزمه قيمتها للراهن][(٣)] لتكامل أم ولد، وتكون أم ولده إن حملت ولا تلزمه قيمة الولد لأن السيد لما أباحه وطأها صار منتفعًا بها بإذنه ودخل على أن ولده حر.

فصل

نهى النبى ﷺ عن غلق الرهن[(٤)]، ووصفه: أن يرهن منه رهنًا على أنه إن جاءه بحقه عند أجله وإلا فالرهن له، ومتى شرط ذلك لم يصح والرهن على ملك راهنه، وإنما قلنا ذلك لنهيه ﷺ عن غلق الرهن والنهى يقتضى الفساد، ولأنه بيع غرر ومجهول لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت أخذه ولا صفته، ولأنه تعليق بيع بصفة وعقود المعاوضة لا تقف على الصفات كقوله إذا قدم زيد بعتك سلعتى هذه.

---

(١) المدونة الكبرى (٤/ ١٧٥)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠).

(٣) الذى بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

إذا باع الراهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه لأن فى ذلك إبطال حق الوثيقة، وإن باعه بإذنه جاز ولم يلزمه تعجيل الحق إلا بعد يمين المرتهن له أنه ما أذن له فى ذلك إلا ليتعجل حقه(١).

فصل

يصح توكيل الراهن للمرتهن فى بيع الرهن وأخذ ثمنه عند حلول الأجل وتعذر أداء الحق ويكون له بيعه خلافًا للشافعى(٢)، اعتبارًا بتوكيل الأجنبى فإذا ثبت جوازها فإنها تكره عند مالك فيما له خطر وبال، ويجوز عند أشهب وإنما كرهت لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما وأحسم لدعوى الراهن محاباة المرتهن نفسه بترك الاستقصاء، وليكون أسلم للمرتهن.

فصل

فإن أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل لم يكن له ذلك، وقال إسماعيل بن إسحاق: له ذلك، وهو قول الشافعى(٣)، ودليلنا أن هذه الوكالة قد تعلق بها حق المرتهن وهو تولى بيع الرهن ليصل المرتهن إلى أخذ حقه، وفى فسخها إبطال هذا المعنى، واعتبرها إسماعيل بسائر الوكالات وبأنها من العقود الجائزة.

فصل

مال العبد ليس برهن معه لأنه ملك له دون السيد ما لم ينزعه السيد منه، ورهن العبد ليس بانتزاع لماله بخلاف البيع.

---

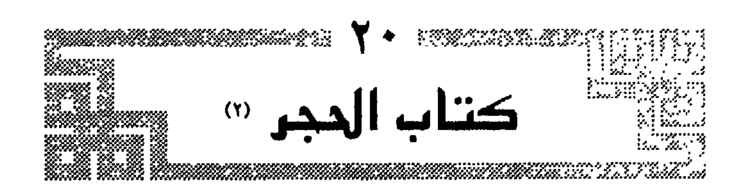
(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨١٩).

(٢) قال الإمام الشافعى: (وإذا ارتهن الرجل من الرجل العبد وشرط عليه أن له إذا حل حقه أن يبيعه لم يجز له بيعه إلا بأن يحضر رب العبد أو يوكل معه ولا يكون وكيلاً بالبيع لنفسه فإن باع لنفسه فالبيع مردود بكل حال)، انظر الأم (٣/١٤٩).

(٣) قال الإمام الشافعى: (ولو كان الرهن على يدى عدل لا حق له فى المال ووكله الراهن والمرتهن ببيعه كان له أن يبيعه ما لم يفسخا وكالته وأيهما فسخ وكالته لم يكن له البيع بعد فسخ الوكالة) الأم (٣/١٤٩).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد][1]



٢٠
كتاب الحجر[2]

ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا ويؤنس منهم الرشد، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقوله: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦]، وقوله: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلمًا﴾ [النساء: ١٠] الآية، ولأن الصغير لا يعرف حظه ولا يحسن التصرف فى مال نفسه فكان كالمجنون فوجب الحجر عليه، وأن ينظر وليه فى ماله [فجعل فيه بالصلاح فإذا بلغ لم يدفع][3] إليه دون أن يختبره ويعرف رشده من فساده [وإمساكه على نفسه] من تبذيره وإضاعته لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] فعلق انفكاك الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد، وكان الحجر عليه فى الصغر إنما كان لهذا المعنى فإذا بلغ وهو على تلك الحال فالحجر عليه مستحب، واعتباراً ببلوغه مجنونًا.

فصل

إيناس الرشد الذى ينفك معه الحجر هو: إصلاح المال وضبطه وترك تبذيره وإنفاقه فى وجوهه، فإذا بلغ الصبى وهو بهذه الصفة انفك حجره سواء كان فاسقًا فى دينه أو

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الحجر فى اللغة: المنع مطلقًا، وفى الاصطلاح: هو صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه فى الزائد على قوته أو تبرعه بماله، انظر الصحاح (٣/ ٨٢٣)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤١٩).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

عدلاً، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يحـجر على الفاسق وإن كان مصلحًا لماله[١]، لأن الحجـر فى المال لمعنى يرجع إلى إضاعتـه وتبذيره لا إلى قلة الدين، ألا ترى أنه يبـتدى الحجر على البالغ متى وجد فيه هذا المعنى كـما يستدام فى الصغير، وقد ثبت أن الفسق لو طرأ على الكبير لم يحجر عليـه فكذلك إذا بلغ وهو موجود به، ولأنه معنى لا يؤثر فى تبذير ماله ولا إضاعته فلم يوجب الحجر كسائر أفعاله وتنقله فى المذاهب.

فصل

ويبتـدأ الحجـر على الأكابر المبـذرين لأموالهـم خلافًا لأبى حنيـفة[٢]، لأنه إجـماع الصحابة روى عن عثمان وعلى والزبير وابنه وعائشة رضى الله عنهم، وذلك أن عبد الله ابن جعفر اشترى أرضًا [سـبخة بمال عظيم غبن فيه][٣] فقال على رضوان الله عليه: قم لأحجر عليك، فشكى [عبـد الله إلى الزبير فقال: أنا شريكه][٤] فحمله على إلى عثمان فطلب منه أن يحجر عليـه فقال عثمان: كيف أحجـر على رجل شريكه الزبير[٥]، وهذا يدل على استحقـاق الحجر لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فـيما يتلف ماله ولم يظهر لهم مخالف، ولأن كل من فى منعه من مـاله صلاح له وفى تركه معه إتلافه وإضاعة له وخوف الفقر عليه فإن الحجـر عليه مستحق، أصله الصغير، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تبذير المال وإضاعته، أصله إذا بلغ مبذرًا.

فصل

لا ينفك الحجر عن الصـغيرة حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجـها وتكون مصلحة لمالها، خلافًا لأبـى حنيفة[٦] والشافـعى فى قولهمـا: إن الحجر يفك عنهـا بمجرد البلوغ وإيناس الرشد من غيـر حاجة إلى الزواج[٧]، لأنها بالبلوغ لم تخبـر الرجال ولا عرفت

---

(١) ثبت فى (ب) (وإصلاحه لنفسه).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٨١)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٥٠).

(٣) قال الموصلى: (ولا يحجر على الحر العاقل البالغ وإذا كان سفيهًا ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه)، الاختيار (٢/ ١٢٦)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٥).

(٤) الذى بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) سقط من (ب).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ١٠١) ح (١١٣٣٥).

(٧) الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٩)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٥).

المعاملات ولا تقف على إصلاح المال ووجوه الغبن فكان الحجر عليها مستصحبًا حتى إذا دخل بها الزوج وعرفت الرجال وما يراد منها وبرز وجهها وعرفت المعاملات وعلم منها ضبطها لمالها فك حجرها وهذا هو الفرق بينها وبين الغلام.

فصل

حد البلوغ فى الذكور: الاحتلام أو الإنبات أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ فى العادة، ولم يُحد مالك رحمه الله فيها حدًا، وقال أصحابنا: مثل سبعة عشر سنة أو ثمان عشرة سنة، وهذا الأوصاف هى علامات فى النساء ويزدن على الذكور بالحيض والحمل، وقال أبو حنيفة: لا معتبر بالإنبات فى البلوغ[١]، وقال الشافعى: يحكم به فى المشركين، وله قولان فى أنه بلوغ أو دلالة على البلوغ وفى أنه يكون بلوغًا فى المسلمين أو لا[٢]، فدليلنا على اعتباره ما روى عطية عن سعد قال حكمنى رسول الله ﷺ فى بنى قريظة فحكمت بقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم فكنا نكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت منهم قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه فى الذرارى فقال رسول الله ﷺ: «حكمت بحكم الله»[٣]، وقوله: «الجزية على من جرت عليه المواسى»[٤]، وكذلك كتب عمر رضى الله عنه فى أخذ الجزية[٥]، وما روى عن عثمان رضى الله عنه فى الغلام الذى سرق: إن كان أخضر مؤتزره فاقطعوه[٦]، ولأنا لو قصرنا البلوغ على السن لم يكن لنا دلالة عليه فأمكن حجرها فيؤدى إلى إسقاط الأحكام فوجب اعتبار معنى زائد عليها وليس إلا ما قلناه.

فصل

دليلنا على الشافعى فى فصله بين المسلمين والمشركين أن كل ما جاز أن يكون بلوغًا أو دالاً على البلوغ فى الكافر جاز فى المسلم، أصله السن والاحتلام، ولأن دلالته على

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٥٢)، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٣١).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٩)، الاختيار (٢/ ١٢٥).

(٣) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٣٠)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٤٣).

(٤) أخرجه البخارى: المغازى (٧/ ٤٧٥) ح (٤١٢١) ومسلم: الجهاد (٣/ ١٣٨٨) ح (٦٤/ ١٧٦٨).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٣٣) ح (١٨٧٠٠)، وهو من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

(٦) تقدم تخريجه.

ذلك ليست بمعنى يرجع إلى الدين وإنما هو لمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوى فيه المسلم والكافر، [والخمسة][(١)] عشرة سنة ليست ببلوغ ولا حدًا له ، وحكى عن ابن وهب اعتبارها وهو قول الشافعى[(٢)] لأن ذلك لا يخلو أن يكون معلقًا بأكثر منها فى العادة أو بأقصاه وكلا الأمرين باطل، وحديث ابن عمر مختلف عليه فيه فروى أنه ﷺ رده فى [ثلاثة][(٣)] عشرة سنة وأجازه فى أربع عشرة سنة[(٤)]، ولأن ذلك يرجع إلى إطاقة القتال لا إلى البلوغ.

فصل

البالغ إذا ابتدئ الحجر عليه لم يحجر عليه إلا بحكم الحاكم خلافًا لمحمد بن الحسن[(٥)]، لأنه أمر مختلف فيه محتاج إلى اجتهاد ونظر فى حاله واختبار لأمره فاحتيج فى قطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم.

فصل

لا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذى حجر عليه لأجله، وسواء فى ذلك الصبى والمجنون والبالغ والمفلس، والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها ومعها إيناس الرشد على ما بيناه.

فصل

إذا استدان السفيه بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره وإذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم أعتق أتبع به إلا أن يكون سيده، والفرق أن المحجور عليه لسفهه حجر عليه لحق نفسه، فلو كان الدين يلحقه لم ينفع الحجر عليه شيئًا، والعبد حجر عليه لحق

---

(١) كذا بالأصل والصواب (خمس عشرة سنة).

(٢) روضة الطالبين (٤/١٧٩). حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/٣٣٦).

(٣) كذا بالأصل والصواب (ثلاث عشرة سنة).

(٤) أخرجه البخارى: الشهادات (٥/٣٢٧) ح (٢٦٦٤) ، ومسلم: الإمارة (٣/ ١٤٩٠) ح (٩١/١٨٦٨).

(٥) قال الكاسانى: (وقال محمد: يتحجر بنفس السفه من غير الحاجة إلى حجر القاضى)، بدائع الصنائع (٧/١٦٩).

سيده فإذا أعتق زال حق السيد فأتبع به.

فصل

لولى المحجور عليه بالسفه أو الصغر أن يأذن له فى التجارة فى قدر من ماله يعينه ليختبره وينظر هل تغيرت حاله وهل قد صار موضعًا لتسليم ماله إليه، وما استدان من شىء وجب فى المال بيده لأن إذن الولى له فى التجارة به يقتضى حق من يستدينه لأنه داينه عليه ولا يلحق ذمته لبقاء الحجر فإن زاد الدين على قدر ما فى يده لم ينتفع به[١].

فصل

يصدق الوصى على ما يذكره من نفقه اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك إذا كان فى منزله وحضانته[٢]، وإن لم يكن عنده وكان عند أم أو حاضنة يدفع الوصى إليهما نفقته فعليه أن يقيم البينة بما دفع إليهما، ونفقة الأيتام تختلف بحسب اختلاف أحوالهم وأموالهم فإن كان لليتيم مال واسع وقد ألف النعمة والتوسعة والرفاهة وسع عليه على قدر ماله فى إدامه وكسوته، وإن كانت أمه فقيرة فالنفقة لها فى مال ابنها ولا نفقة لها إن كانت موسرة إلا أن تكون هى حاضنته، ولأنها تتشاغل به عن أمورها وتستحق عليه أجرة ولا يوجد من يقوم بحضانته بغير أجرة فإنها تُعطى بقدر ما تستحقه من القيام عليه.

ولا بأس بتأديب اليتيم وبضربه بالرفق والمعروف إذا احتيج إلى ذلك لأن فيه مصلحة له وتأديبًا وحسن تربية، لأن ولاية الوصى على اليتيم كولاية الإمام على رعيته تؤدى إلى الحظ والصلاح له فى تأديبه، فأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصى فجائز إذا عادت بالرفق [والتوفير][٣] على اليتيم فإن عادت برفق الوصى فلا يجوز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح﴾ [البقرة: ٢٢٠].

فصل

التجارة فى مال اليتيم جائزة إذا كان فى ذلك حظًا له لقوله تعالى: ﴿قل إصلاح لهم

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٤).

(٢) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٤).

(٣) ثبت فى (ب) (والترفق).

خير﴾ [البقرة: ٢٢٠] وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: اتَّجروا فى أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[1] وقد ورد مرفوعًا[2]، ولأن ذلك نظر له ومصلحة وتنمية لماله وتعريضًا للتثمير فيما أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جاز، وسواء كان بتجارة أو شراء ضيعة أو عقار ليستغل أو ما يراه الناظر له حظًا وصلاحًا، ولا ضمان على الوصى فى نقص إن حدث لأنه أمين.

فصل

إذا كان وصى اليتيم أو الأمين محتاجًا جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يجوز له أخذ شىء من ماله[3]، لقوله تعالى: **﴿فمن كان غنيًا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾** [النساء:٦]، وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت رخص رسول الله ﷺ لولى اليتيم أن يأكل بالمعروف»[4]، ولأنه ناظر فى مصلحة غيره وقيم عليه فجائز له أن يأخذ بقدر الحاجة، أصله الإمام.

فصل

إذا بلغ اليتيم فطالب الوصى بماله فزعم أنه قد دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببينة، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن القول قوله مع يمينه، لقوله تعالى: **﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾** [النساء:٦] فأمر الولى بالتوثق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التى فى يده إلى غير من ائتمنه عليها فلولا أنه يضمن متى جحد وإلا لم يكن للأمر بالتوثق فائدة، ولأنه مأمور بدفع المال المؤتمن عليه إلى غير من ائتمنه عليه فوجب ألا يقبل قوله إلا ببينة مع الإنكار له، أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبى وقال: الأجنبى لم آخذ شيئًا.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ: الزكاة (١/ ٢٥١) ح (١٢).

(٢) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى الطبرانى فى الأوسط من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه، انظر نصب الراية (٢/ ٣٣٢).

(٣) قال فى الفتاوى: (والوصى مجرح فى عمل اليتيم استأجر دابة بمال اليتيم ليركب وينفق على نفسه من مال اليتيم كان له ذلك فيما لابد له استحسانًا وعن نصير رحمه الله تعالى: له ذلك وقال بعضهم لا يجوز له ذلك وهو القياس»، الفتاوى الهندية (٦/ ١٥٠)، الاختيار (٤/ ١٣٧).

(٤) أخرجه البخارى: التفسير (٨/ ٨٩) ح (٤٥٧٥) ومسلم: التفسير (٤/ ٢٣١٥) ح (١٠/ ٣٠١٩).

فصل

لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئًا من مالها ولا تتصدق ولا تعتق ولا تخرجه في معاوضة أو مصلحة فيما زاد على الثلث إلا بإذن زوجها، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه لا حق لزوجها في منعها[١]، لقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن»[٢] وهذا نص، وقوله: «تنكح لمرأة لدينها ومالها وجمالها...»[٣] وذلك يفيد أن للزوج حقًا في تبقية مالها بيدها، ولأن العادة جارية بأن الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقية، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض الزوج مما لأجله رغب في نكاحها وكمل لأجله صداقها.

فصل

إذا ثبت منعها من ذلك فإن زادت على الثلث: فقال مالك: رد جميعه لأنه من الضرر، وقال المغيرة: يجوز منه قدر الثلث [فلظنه الرواية اعتبارًا بالمرض، وإنما أجزنا لها الثلث لأن][٤] الحديث مقيد في المنع بما زاد عليه، ولأن كل من منع من إخراج ماله على غير معاوضة لحق الغير الذي يعاوض عليه فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث، أصله المريض.

---

(١) قال ابن قدامة: «للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا إحدى الروايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر»، انظر المغني (٤/٥١٨).

(٢) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/٢٩١) ح (٣٥٤٦)، والنسائي: العمرى (٦/٢٣٦) ح (باب عطية المرأة بغير إذن زوجها)، وابن ماجه: الهبات (٢/٧٩٨) ح (٢٣٨٨) بنحوه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس[١] فإن الحاكم يحجر عليه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: ليس له أن يحجر عليه بل يأخذه بقضاء الدين ويحبسه حتى يبيع ويقضى[٢]، لأنه ﷺ حجر على معاذ وقال لغرمائه: «خذوا ما معه ليس لكم غيره»، وقال الزهرى: أدان معاذ دينًا فباع رسول الله ﷺ ماله حتى قضى دينه[٣]، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: ألا أن أسيفع جهينة رضى لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج ثم أدان مقرضًا فمن كان له عليه شىء فليحضر فإنا نبيع ماله[٤]، ولا مخالف له فإذا ثبت استحقاق الحجر عليه فإن الحاكم يبيع ماله من عروض وعقار وحيوان وغير ذلك، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يبيع عليه العقار[٥]، للأخبار التى رويناها وهى عامة، ولأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة جاز أن يباع فيه العقار كنفقة الزوجات، واعتبارًا بموت المفلس إذا ادعى المديان الإفلاس ولا يعلم صدق مقولته من كذبه فإن الحاكم يحبسه ليتبين أمره، والأصل فى ذلك قوله ﷺ: «لَيُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[٦] والعقوبة ها هنا الحبس، وروى أنه ﷺ : «حبس فى تهمة»[٧]، وقد حبس كثير من الصدر الأول.

---

(١) قال الفيروزآبادى: (يقال أفلس إذا لم يبق له مال كأنما صارت دراهمه فلوسًا أو صار بحيث يقال ليس معه فلس وفلَّسه القاضى تفليسًا حكم بإفلاسه). القاموس المحيط (٢/ ٢٣٨).
وفى الاصطلاح قال فى الحدود: (قال الشيخ رحمه الله التفليس أخصٌّ وأعمٌّ فالتفليس الأخص حده بقوله: «حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه»، والأعم «قيام ذى دين على مدين ليس له ما يفى به. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤١٧).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٩ـ٣٢٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٩).

(٣) أصله عند مسلم بلفظ «خذوا ما وجدتم. وليس لكم إلا ذلك»، أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩١) ح (١٨/ ١٥٥٦)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٤) ح (٣٤٦٩)، والترمذى: الزكاة (٣/ ٣٥) ح (٦٥٥).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٨١) ح (١١٢٦٥).

(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٩)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٢٠).

(٦) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/ ٣١٢) ح (٣٦٢٨)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٧٨) ح (باب مطل الغنى)، وابن ماجه: الصدقات (٢/ ٨١١) ح (٢٤٢٧).

(٧) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/ ٣١٣) ح (٣٦٣٠)، والترمذى: الديات (٤/ ٢٨) ح (١٤١٧)، وقال: حسن. والنسائى: السارق (٨/ ٥٩) (باب امتحان السارق بالضرب والحبس).

فصل

والحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم على قدر ما يغلب في ظنه من تهمة الغريم من غدره وإلطاطه[1] وتغيب ماله وليس بمقدر بمدة محصورة خلافًا لأبي حنيفة في تقديره إلى شهرين أو ثلاثة[2]، لأن الغرض هو اعتبار حاله وتبين إعساره من إيساره، والعلم بذلك ربما وقع في المدة اليسيرة وربما وقع بالمدة الطويلة فوجب ألا يتقدر إلا بغلبة الظن.

فصل

إذا ثبت عسره خلى سبيله ولم يكن للغرماء أن يعرضوا له إلى يسره خلافًا لأبي حنيفة في قوله لهم أن يلازموه لا على معنى أنهم يطلبونه ولكنهم يكونون معه يدورون حيث دار[3]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] وذلك ينفي الملازمة لأنها في معنى الحبس، وقوله ﷺ: في رجل ابتاع تمرًا فأصيب به فقال عليه الصلاة والسلام: «تصدقوا عليه»، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال: خذوا ما معه ليس لكم غيره»[4]، ولأن المعسر ليس لغرمائه مطالبته بالدين ومن لا تلزم مطالبته بالدين لم تجب ملازمته كالذي عليه دين مؤجل، لأن الحبس لما زال عنه لثبوت عسرته فكذلك الملازمة.

فصل

لا تجوز إجارة المفلس وإن كانت له صنعة يتكسب بها خلافًا لأحمد[5] وغيره، لقوله

(١) يقال: لط أي جحد ولططت الشيء عنه جحدته، القاموس المحيط (٢/٣٨٣).

(٢) ليس هذا تحديدًا، بل يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلابد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره من شهرين أو ثلاثة، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر. قال الشيخ المرغيناني: والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، انظر الهداية للمرغيناني (٣-٤/١١٦).

(٣) لقول النبي ﷺ: «لصاحب الحق يد ولسان»، أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضي، انظر الهداية للمرغيناني (٣-٤/ ٣٢١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال شيخ الإسلام موفق الدين: ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه =

تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولأنه ابتداء تملك فلا يجبر عليه كالهبة والوصية، يحبس فى الديون الثابتة كلها المعـارضة وغيرها لاستحقاق جميعها ووجوب المطالبة بها.

= مؤنته أو كـان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتـوكل لإنسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يتـرك له من ماله شيء، انظر المغنى لموفق الدين (٤/ ٤٩٧)، وفيه دليل على جواز إجارته. والله أعلم.

باب

يحل الدين المؤجل بالموت خلافًا للحسن وغيره[1] لأنه لو لم يحل لم يخل أن يكون متعلقًا بذمة الميت وذلك باطل بخرابها أو بذمم الورثة وذلك غير جائز لأنه لا شيء يوجبه، ولا يلزم صاحب الدين الرضا بذمتهم وتسليم الشركة إليهم، ولأن الدين متقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل، فلا فائدة فى ذلك ولا نفع للورثة، وإنما هو تعريض المال للتلف فقط، فلم يبق إلا حلوله وتسليمه إلى الغريم.

فصل

ويحل بالفلس خلافًا للشافعى[2]، لأن الفلس يوجب تفرقة المال بين غرمائه كالديون الحالة، ولأنه معنى يوجب تعلق الديون التى فى الذمة بأعيان الأموال كالموت.

فصل

والديون التى للميت أو المفلس لا تحل بل تبقى إلى أجلها، لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم تغب، وإنما حلت الديون التى عليه لبطلان محلها وغيبته.

فصل

ومن باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها فالبائع إن وجدها لم تفت مخير بين أن يأخذها بالثمن الذى باعها به، وبين تركها ومحاصة الغرماء، وإن كان قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها، أو التمسك بها والحصاص بما بقى، ولو مات المشترى لم يكن للبائع أخذ السلعة.

---

(١) وهو رواية للإمام أحمد، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن، وإسحاق، وأبى عبيد وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد بن إبراهيم: الدين إلى أجله، وحكى ذلك عن الحسن، انظر المغنى لموفق الدين (٤/ ٤٨٥ـ٤٨٦).

(٢) أى: على المشهور، لأن الأصل حق مقصود له فلا يفوت. وله قول كالمالكية، انظر روضة الطالبين (٤/ ١٢٨).

فصل

وإنما قلنا إنه أحق بعين ماله فى الفلس خلافًا لأبى حنيفة[١]، لقوله ﷺ: «أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به»[٢]، ولأن فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ، أصله قبل القبض.

فصل

وإنما قلنا: إنه له تركها أو المحاصة لأن أخذها حق له غير مستحق عليه فإذا لم يختر لم يجبر عليه، وإنما قلنا: له أخذها وإن قبض بعض الثمن إذا رد ما قبضه خلافًا للشافعى[٣]، لعموم الخبر، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض شيئًا من الثمن إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله وذلك يستوى فيه الفلس بجميع الثمن أو ببعضه.

وإنما قلنا إنه يكون فى موت المشترى أسوة الغرماء خلافًا للشافعى[٤]، لقوله ﷺ: «فإن مات فالبائع أسوة الغرماء»[٥] ففرق بين الموت والفلس، ولأن حظ البائع تقديمه على غيره من الغرماء لا إسقاط الغرماء واستبداده، والفرق بين الفلس والموت أن فى الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء إليها ومع الموت تبطل الذمة فيكون ذلك إسقاطًا لباقى الغرماء.

فصل

إذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه فالتلف من المفلس وديون الغرماء ثابتة [لأن تلفه][٦] كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء، ولا شيء

(١) وعنده يكون المبيع أسوة للغرماء فيه، انظر الهداية للمرغينانى (٣ـ٤/ ٣٢٢).

(٢) أخرجه البخارى: الاستقراض (٥/ ٧٦) ح (٢٤٠٢)، ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٣) ح (١٥٥٩/٢٢).

(٣) نعم، فمذهبنا نحن الشافعية أنه يرجع بحصة ما بقى من الثمن، لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع فى بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٢٣).

(٤) نعم، فعندنا يسترجع البائع ماله، انظر، الحاوى للماوردى (٦/ ٢٧٣).

(٥) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٥) ح (٣٥٢٠)، وابن ماجه: الأحكام (٢/ ٧٩١) ح (٢٣٦١) بنحوه، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٧٨) ح (٨٧) مرسل.

(٦) سقط من (أ).

على الحاكم لأنه أمين، فإن باعه الحاكم [كان قابضًا] لهم وقد برىء المفلس منه.

وقال محمد بن عبد الحكم: الضمان من المفلس حتى يقبضه الغرماء لأن الغرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع[1]، والأول أصح[2]؛ وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال: إن كان ذهبًا أو ورقًا ودينه من جنسه فالتلف بعد جمعه من الغرماء لأنه لم يبق إلا تسليمه إليهم وقبض الحاكم هو قبض لهم فضمان الذهب ممن دينه ذهب وضمان الورق ممن دينه ورق، وإن كان عروضًا فتلفها من المفلس لأن الغرماء يستحقون أثمانها دون أعيانها[3].

فصل

الصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها فى ديونهم إذا كانوا قد عملوها فى الموت والفلس لقبضهم إياها وحوزهم لها كالرهن، وكذلك لو استأجر أرضًا يزرعها ثم مات أو أفلس قبل قبض الأجرة فربها أحق بالزرع، وكذلك لو استأجر دارًا للسكنى ولم ينقد أجرتها وسكنها بعض السنة ثم أفلس فربها أحق بما بقى من مدة الإجارة ويحاص الغرماء بما مضى من السكنى، وكذلك ما يرد من مسائل هذا الباب.

(١) ورواه أشهب عن الإمام مالك، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٢٨).

(٢) وهو ظاهر كلام ابن عبد البر، انظر الكافى (٢/٨٢٨).

(٣) وقال ابن القاسم: إذا أفلس الرجل وخلع من ماله لغرمائه، وجمع ليباع للغرماء وحال الحاكم بينه وبينه، فما تلف من المال فمصيبته من الغرماء لأنه قد وجب لهم. قال ابن عبد البر: ولم يفرق بين الثمن وغيره من ماله، انظر الكافى (٢/٨٢٨).

باب

إذا اتجر العبد فأدان بغير إذن سيده فللسيد فسخ الدين عنه بما له كسبه وله انتزاع ماله فليس لغرمائه إتلاف ماله على سيده واستبدادهم به، فإن أعتق العبد اتبعه الغرماء لزوال حق السيد عنه بعد عتقه، وله أن يسقط الدين عنه لأن تبقيته عليه يعيبه إذا أراد بيعه والذى دانه هو الذى عرض ماله للتلف فإذا أسقطه عنه لم يتبعه الغرماء بعد العتق.

فصل

إذا أذن له فى التجارة جاز: فإن أفلس فدينه فى ذمته وفى ماله الذى فى يديه لأن الغرماء دائنوه على ماله وذمته[1]، ولأن السيد لما أذن له فى التجارة كان ذلك رضا منه بتعلق الديون بماله وذمته، وليس لسيده انتزاع ماله لأن غرماء العبد أولى بماله من سيده لأنهم داينوه على ماله، ولأن بمنزلة عين مالهم ولو أفلس السيد كان غرماء العبد أولى بمال العبد من غرماء السيد، وغرماء السيد أولى برقبة العبد لأن رقبة العبد ملك لسيده لا حق فيها لغرماء العبد، وإذا داين السيد عبده كان كأحد الغرماء يقاص بدينه كما يقاص سائر الغرماء[2].

فصل

ليس لغرماء العبد المأذون سبيل على رقبته ولا على مال سيده[3]، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن لهم بيعه[4]، ولأن الدين الحاصل عن مراضاة لا يتعلق بالرقبة وإنما يتعلق

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

(٢) وذلك بأن باع منه سيده بيعًا يشبه بياعات الناس، وقامت بذلك بينة فيضرب مع الغرماء بدينه. لكن لا يحاص السيد غرماؤه بشيء مما استأجره به، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

(٣) إلا أن يضمن شيئًا عنه، فيؤخذ به، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

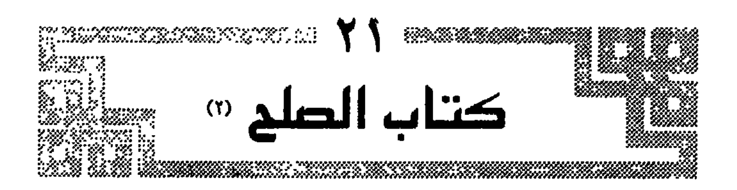
(٤) ووجهه، أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك، والجامع دفع الضرر عن الناس، وهذا لأن سببه التجارة وهى داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضًا للمولى، وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه، وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما =

بالمال أو بالذمة كالحر إذا داين ثم أفلس فإن رقبته لا تباع ولا تؤاجر، ولأن الغرماء إنما يداينون على مال العبد لا على مال غيره ورقبته ليست بمال له، وإنما قلنا إنه لا سبيل لهم على السيد لأن السيد إنما أذن له فى التجارة بالمال المدفوع إليه دون غيره إلا أن يضمن السيد عنه فليزمه الضمان.

* * *

= غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة، انظر الهداية للمرغينانى (٣ـ٤/٣٢٨).

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]



٢١
كتاب الصلح [2]

الأصل فى جواز الصلح قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء:١٢٨]، وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً»[3]، ولأن فيه قطعًا للخصومة وداعيًا إلى التواصل والألفة.

فصل

وهو عندنا جائز على الإقرار والإنكار خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يجوز مع الإنكار[4]، لقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً»[5] فعم، ولأنها دعوى ما لم يحكم ببطلانها فجاز الصلح معها، أصله مع الإقرار، ولأنها أحد حالى المنكر كالإقرار، ولأن كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار، أصله الإبراء، ونفرض الكلام فى أن افتداء اليمين جائز وهو أن يلزم أحد المتداعيين اليمين فيبذل المدعى عليه للمدعى شيئًا على ألا يحلفه.

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) الصلح بالضم السلم والصلاح ضد الفساد، القاموس المحيط (١/ ٢٣٥)، وهو «انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٢١).

(٣) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/ ٣٠٢) ح (٣٥٩٤)، عن أبى هريرة رضى الله عنه، والترمذى: الأحكام (٣/ ٦٢٥) ح (١٣٥٢)، وابن ماجه: الأحكام (٢/ ٧٨٨) ح (٢٣٥٣)، من حديث عمرو بن عوف عن أبيه عن جده ـ به. وقال الترمذى: حسن صحيح.

(٤) قال الإمام الشافعى: (وإذا كان المدعى عليه ينكر فالصلح باطل وهما على أصل حقهما)، الأم للشافعى (٣/ ١٩٧)، روضة الطالبين (٤/ ١٩٨).

(٥) تقدم تخريجه.

والدليل على جواز ذلك أنه مروى عن عثمان وابن مسعود[١] ولا مخالف لهما، ولأن المدعى عليه لا يخلو أن يكون محقًا فى إنكاره أو مبطلاً فإن كان مبطلاً فقد أحسن إذ لم يحلف على باطل ودفع الحق، وإن كان محقًا فقد دفع عن نفسه شر المدعى وتبذيله إياه ونزّه نفسه عن اليمين التى تثقل على أهل المروءات والدين وتستبق الظنة إلى المقدم عليها.

فصل

الصلح على ضربين: منه معاوضة كالبيع فهذا حكمه حكم البيع يدخله من الجواز والمنع ما يدخل البيع، ومنه إسقاط وإبراء[٢].

فأما القسم الأول: فهو أن يدعى على غيره شيئًا ثم يبيعه منه فلا يجوز إلا فى معلوم ولا يجوز أن يفسخ فى دين إذا كان المدعى دينًا، ولا فى طعام قبل قبضه، ولا عن دعوى فى جنس باثنين من جنسه إلى أجل، ولا عن مجهول ولا غرر، ولا على ضعف وتعجل قبل حلول الأجل، وجملته أنه يمتنع فيه ما يمتنع فى البيع.

فأما القسم الثانى: فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه مثل أن يكون على رجل مال حال فيصالحه على بعضه وإسقاط باقيه، وإن كان مؤجلاً فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط باقيه ويجوز أن يصالحه عن ذهب له على ورق يأخذها منه نقدًا، وعلى ذهب عن ورق لا يجوز الرجوع بها لأن ذمة الغريم قد برئت[٣].

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/٢٩٧) ح (٢٠٦٩٨).
(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٧٩).
(٣) المدونة الكبرى (٣/٣٤٥).

باب

ومن أحيا أرضًا ميتة[١] غير مملوكة لمسلم[٢] ولا ذمى بالوجه الذى يكون إحياء لمثلها من بناء أو حفر بئر و جصها أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة فهى له إذا كانت فى فيافى[٣] الأرض وفلواتها[٤] بعيدة من العمران والمواضع التى لا يتشاح الناس فيها من غير حاجة إلى استئذان الإمام، وأما إن كانت بقرب العمران فى حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام، والأصل فى جواز الأحياء قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»[٥] وهذا نص، وإنما لم نشترط إذن الإمام فيما بعد عن العمران خلافًا لأبى حنيفة[٦]، لهذا الخبر وهو عام، ولقوله ﷺ: «من أحاط على أرض فهى له»[٧]، ولأنه ليس فى ذلك إتلاف حق غيره ولا ما يؤدى إلى التخاصم والعداوة فكان مملك بالإحياء مباحًا كتمليك الحشيش والصيد بالأخذ، وإنما شرطنا إذن الإمام فيما قرب من العمران خلافًا للشافعى[٨]، لأن ما قرب من البلد فى حكم فنائه فالانتفاع به مشترك بين أهل البلد من الاحتطاب فيه والاصطياد والرعى وغير ذلك من وجوه الإرفاق فلو أجيز لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد فلم يكن بد من نظر الإمام ليكون كالحكم لمن يحييه، فإذا أحيا أرضًا ثم خربت ودثرت وعادت إلى ما كانت عليه ثم أحياها آخر بعده فهى للثانى دون الأول بناء على الصيد إذا أفلت وعاد إلى الاستيحاش ولحق وطال زمانه وقد بيناه.

---

(١) قال فى الرصاع: (لقب لتعمير الأرض بما يقتضى عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٣٥).

(٢) ثبت فى (ب) (لم تكن لمسلم مملوكة).

(٣) الفيافى: جمع فيف، المكان المستوى أو المفازة لا ماء فيها، القاموس المحيط (٣/ ١٨٢).

(٤) الفلاة: القفر أو المفازة لا ماء فيها، القاموس المحيط (٤/ ٣٧٥).

(٥) أخرجه أبو داود: الإمارة (٣/ ١٧٤) ح (٣٠٧٣)، والترمذى: الأحكام (٣/ ٦٥٣) ح (١٣٧٨) وقال: حسن غريب.

(٦) انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٣٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ٣٢٦).

(٧) أخرجه أبو داود: الإمارة (٣/ ١٧٥) ح (٣٠٧٧)، وأحمد: المسند (٥/ ١٧) ح (٢٠١٥١)، انظر تلخيص الحبير (٣/ ٧١) ح (٣).

(٨) المهذب للشيرازى (١/ ٤٢٣)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٨).

فصل

حريم البئر[1] ليس فيه حد إلا الاجتهاد وما يعلم أنه لا يضر بالبئر الأول، وذلك يختلف باختلاف الأراضي والمواضع من الصلابة والرخاوة: فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز، وما علم فيه ضرر منع، وذلك في الآبار التي تحفر في الصحاري والفلوات للماشية، فأما إذا أراد أن يحفر بئرًا في ملكه بقرب من بئر جاره ويخاف منه الإضرار بها فإن كان له مندوحة عنه وسعة فليس له ذلك لأن قصده حينئذ الإضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك في ذلك، والأخرى أنه يجوز له فعله.

فوجه الأولى: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[2]، واعتبارًا به إذا كانت له مندوحة عنه، ولأن الضررين إذا تقابلا فالأول أولى بالمراعاة لفضل السبق، ووجه الثانية: أن للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف، ولا يجب أن يمنع لحق الغير لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ولا أن يراعى فضل السبق لأن الأول قد عرض تصرفه للبطلان إذا علم أن لجاره أن يتصرف في ملكه.

فصل

الآبار المحتفرة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل مائها[3]، لأن الناس كلهم شركاء فيها، ولقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: فذكر الماء والكلأ...»[4] وإن كان هو الذي حفرها في ذلك الموضع فليس له منع فضلها، فالذي يحتاج إليه أولى فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان ما بقي للمسلمين ولم يكن له منع الفضل خلافًا لمن جعل له ذلك: لأن آبار الماشية التي تحفر في البراري إنما تحفر للسبيل ولينتفع بها الحافر وغيره ولا تُحفر للتمليك والإحياء، ولأنه ليس لأحد أن يحمى في المواضع التي يتشاح الناس فيه بغير إذن الإمام لقوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[5]، وإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعًا من الرعي لأن أحدًا

---

(١) حريم البئر وغيرها: ما حولها من مرافقها، المطلع (ص ٣٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٣٧٤).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٦) ح (٣٤٧٧)، وابن ماجه: الرهون (٢/ ٨٢٦) ح (٢٤٧٢)، وانظر تلخيص الحبير. (٣/ ٧٤) ح (١٧).

(٥) أخرجه البخاري: المساقاة (٥/ ٥٤) ح (٢٣٧٠)، وأبو داود: الإمارة (٣/ ١٧٧) ح (٣٠٨٣).

لا يرعى إلا على ماء، فإذا ثبت ذلك فليس له أخذ عوض عليه لأن حفرها على وجه السبيل على ما بيناه لأن الموضع ليس بملك له ولا حفرها على وجه الإحياء فتكون ملكًا له، فإذا ثبت هذا فإنما يلزمه بذل ما زاد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه لأنه إنما حفرها هو ليختص هو بمنفعتها أو قدر ما يحتاج إليه منها، ولأنه ﷺ نهى عن منع فضل الماء[1]، وذلك عما زاد على قدر الكفاية، فأما إن حفر بئرًا على وجه التملك والإحياء ليبنى ويغرس فى ذلك الموضع فله منع ما فضل من مائها لأن المكان يملك بالإحياء بئرًا فى أرضه أو داره فإن البئر ملكه لأنه أحدثها فى ملكه، وكذلك إذا ابتاع الدار والأرض وفيها البئر فإن البئر مع الأرض ملكًا له فالماء الذى فيها ملكه فله منعه إلا بعوض كسائر أملاكه إلا أن تنهدم بئر جاره وله زرع يخاف عليه التلف فإنه يلزمه أن يبذل له فضل مائه ليحيى به زرعه ويجبر على ذلك لأن فيه إحياء زرع وإعانته من حيث لا ضرر عليه ببذله كما لزمه لشربه إذا اضطر إليه، ويقال لصاحب الزرع: خذ أنت فى إصلاح بئرك وهذا إذا كان صاحب الزرع قد زرع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئره وانقطع ماؤه، وأما إن كان ابتداء الزرع على غير ماء اتكالاً على جاره فإن لجاره أن يمنعه لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء ما لم تكن ضرورة وها هنا لا ضرورة لأن الزارع هو الذى أتلف زرع نفسه حين زرع على غير ماء، وكذلك إذا زرع على ماء فانقطع، وإنما قلنا: إن على جاره أن يمكنه من فضل مائة وأن ذلك يلزمه ويتشاغل هو بإصلاح بئره، فأما إن ترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالاً على بئر جاره لم يلزم جاره فضل الماء لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء، وقد اختلف أصحابنا فيه إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه هل له مطالبته بعوض أم لا: فإذا قلنا ليس له فلأن ذلك حق على الجار على طريق الإعانة مع كون أصله مباحًا كما لو احتاج إليه للشرب وإذا قلنا: إن له منعه فلأن وجوب البدل لا يتضمن الإتلاف اعتبارًا بالعلم.

فصل

وينبغى لمن سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره أن يجيبه إلى ذلك ولا يمنعه، فإن أبى لم يجبر عليه، وإنما استحببناه له لقوله ﷺ: «لا يمنعن أحدكم أخاه أن يضع خشبة على جداره»[2]، ولأن فى ذلك رفقًا بالجار ومعونة له وهو من مكارم الأخلاق ومعالى

---

(١) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/ ٣٩) ح (٢٣٥٣) ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٨) ح (٣٦/ ١٥٦٦).
(٢) أخرجه البخارى: المظالم (٥/ ١٣١) ح(٢٤٦٣) ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢٣٠) ح (١٣٦/ ١٦٠٩).

الأمور مع الوصيـة بالجار وحسن المجاورة، وإنما قلنا: لا يقـضى بذلك عليه خلافًا لمن أوجبه، لقوله ﷺ: «لا يحل مـال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[1] ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه بابًا أو كوة.

فصل

وإذا أذن له فى ذلك ثم طالبه بقلعه: فإن كان لحاجته إلى بناء جداره أو لأمر لابد له منه كان له ذلك لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر نفسه كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو محتاج إليه، وإن لم يكن بـه ضرورة إليه وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته لم يمكن من ذلك، ويفارق حال الابتداء لأنه إذا لم يأذن فـى الابتداء فلم يتعلق عليه حق فإذا أذن فقد ضمن تبقية ما أذن فيه على الوجه الذى يؤدى إلى مثله فى العادة فليس له الرجوع فيه.

فصل

إذا ما أراد الرجل أن يفتح فى جداره المنفرد بملكه كوة[2] ليضىء منها منزله فله ذلك لأنه به حاجة إلى ذلك وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه ولا يضر به، فأما إن كان يتشرف منها على جاره فيمنع منه لأن فى ذلك إضرار بالجار، ولأن الحائط وإن كان ملكه فليس له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداء مما لا ضرورة فيه.

فصل

علو الدار التى بين اثنين مملوك سـقفه لصاحب الدار لأن عليـه إصلاحه ورم شعـثه وبناؤه إن انهدم ولصاحب العلو حق الجلوس عليـه، وإنما قلنا: إن عمارته على صاحب السـفل لأن السقف ملك له وحق الأعلـى فيـما زاد عليـه لأن البيت لا يكون بيـتًا إلا بسـقفه فـى العادة، وإذا ثبت ذلك لزم لصـاحب السفل من الانتـفاع ورم الشـعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع ممن يبنى وإلا أدى إلى إبطال ملك الأعلى.

(١) أخرجه الدارقطنى: سننه (٣/ ٢٦) ح (٩٢)؛ والبـيهقى فى الكبرى (٦/ ١٦٦)، ح (١١٥٤٥)، وانظر تلخيص الحبير (٣/ ٥٢) ح (٤).

(٢) الكوة: الخرق فى الحائط، القاموس المحيط (٤/ ٣٨٤).

فصل

وإن تنازعا السقف حكم به لصاحب السفل خلافًا للشافعي في قوله: إنه يكون بينهما[١]، لأن السقف محمول على ملك صاحب السفل غير متيقن ملكه لغيره فإذا تنازعا عليه حكم به لمن هو على ملكه كالحمل على الدابة يدعيه مالك الدابة وأجنبي، ولأن العرف جار بأن البيت إنما يكون بيتًا بسقفه وأن الناس لا يسكنوه إلا مسقفًا، والحكم عند التنازع لمن شهد له العرف، ولأنه لو باع بيتًا لدخل سقفه في البيع بالإطلاق فعلم أنه منه وكذلك إذا قُسم بأنه يقسم سقفه.

فصل

إذا تنازعا حائطًا بين دارين حكم به لمن يشهد له العرف بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاك في أملاكهم ويتصرفون غالبًا فيه من الرباط ومعاقد القمط[٢] ووجوه الآجر واللبن وما أشبه ذلك، وقال الشافعي: لا يحكم بشيء من ذلك بل يكون بينهما[٣]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩]، وروى أن رجلين تنازعا جدارًا فحكم رسول الله ﷺ بالجدار لمن إليه معاقد القمط[٤] ولأن العادة أن مثل هذا التصرف إنما يكون من الملاك فوجب أن يكون الحكم لمن شهد له العرف، وكما يجب مثل ذلك إذا تنازعا في النقد أو صفة السير أو مقدار الحمولة.

فصل

الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئًا إلا بإذن

---

(١) قال الشيرازي: (وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما)، المهذب (١/ ٣٣٧)، الأم للشافعي (٣/ ٢٠١).

(٢) معاقد القمط: المعاقد واحدها معقد بكسر القاف على أنه موضع العقد وبفتحها على أنه العقد نفسه والقمط بكسر القاف: ما يشد به الأخصاص قاله الجوهري، وحكى العدوي في «الغريبين» أنه «القمط» بوزن عنق جمع قماط: وهي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق فيه من ليف أو خوص أو غيرهما، المطلع (ص/ ٤٠٤).

(٣) ذكره الإمام الشافعي في الأم (٣/ ٢٠٠).

(٤) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢/ ٧٨٥) ح (٢٣٤٣)، وفي الزوائد: نمران بن جارية. ذكره ابن حبان في الثقات، وقال ابن القطان: حاله مجهول وقال السندي: دهثم بن قران تركوه، وشذ ابن حبان في ذكره في الثقات، والقِمْطُ: تقدم تفسيره، والله أعلم.

شريكه، لأنه ليس لأحد أن يتصرف فى ملك غيره بغير إذنه وحقه غير متميز من حق الشريك فكان كالثوب والعبد، فإن انهدم وكان يستره لهما فأراد أحدهما بناؤه وأبى الآخر ففيها روايتان: إحداهما إجبار الممتنع، والأخرى نفى إجباره، فوجه إثباته قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1] وفى ترك البناء بالشريك لأنه يطلع عليه ويتشرف على منزله، ولأنه لو أراد أن يفتح كوة ويشرف منها عليه لم يكن له ذلك وهذا بمنزلته، ووجه نفيه: أن أحدًا لا يجبر على البناء فى حقه كما لو انفرد به وليس إذا تعلق بذلك حق الشريك يوجب إجبار الشريك الآخر عليه لأن حق الشريك هو منع هذا من الاطلاع عليه فأما فى وجوب البناء فلا، وإذا ثبت أنه لا يجبر فإنهما يقتسمان العرصة[2] ثم يبنى من يشاء منهما لنفسه، والبئر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما فإن أبى أحدهما فإنما يتخرج على روايتين كالجدار.

فصل

من له مسيل ماء على سطح لرجل فالنفقة للسطح على مالكه دون من له حق المسيل، ومن له شرب فى بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة فهى عليهما جميعًا[3]، قال: والفرق أن صاحب المسيل له حق مرور الماء على [السطح فعلى صاحب][4] السطح تمكينه من ذلك وليس له ملك فى السطح فلم تلزمه نفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الإنفاق على الساقية معه.

فصل

إذا خيف على المركب الغرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنهم فإنه يكون منهم على قدر أموالهم، ولا يجوز لأحد الامتناع من طرح متاعه إن احتيج تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته لأن فى الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره الحكم فيه سواء، ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله لأن الطارح فعل ما يلزمه هذا فعله فكان كالنائب عنه، وإنما قلنا إنه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) العرصة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، القاموس المحيط (٢/ ٣٠٧).

(٣) المدونة الكبرى (٤/ ٣٧٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يكون بينهم على قدر أموالهم لأن الحق فى ذلك لجميعهم، ولأن غرق المركب إنما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما [يحتاج][١] إليه من التخفيف، وقد اختلف فى اعتبار القيمة: فقيل يكون فى وقت الطرح لأن سائر المتلفات تقوَّم حال الإتلاف فى المواضع التى يتعلق بها الضمان، وقيل فى أقرب المواضع إليه لأنه فى البحر لا قيمة له لأنه لا يساوى شيئًا وهو يطرح فى الماء ويتلف كما لا يقوم المرتد وقت قتله، وقيل الثمن الذى اشترى به لأنه ليس ما [يرتجع][٢] إليه سواه إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق، ولا يلزم عمال المركب شىء لأنه لم يكن الخوف لأجلهم.

فصل

إذا اصطدم مركبان فى جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر لأنه لا صنع له فى ذلك بخلاف الراكبين على فرسين لأن التفريط من قبل الصادم إذ هو قادر على ضبط الفرس وعلاجه وإلا فكان يجب ألا يركب فرسًا لا يضبط لئلا يجنى على غيره.

(١) ثبت فى (أ) (يحتاجوا).
(٢) ثبت فى (ب) (ما يرجع).

باب: الوديعة (١)

الأصل فى الوديعة قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء:٥٨]، وقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»(٢) ولأن عمل المسلمين جارٍ بها منذ عهد النبى ﷺ إلى يومنا، وهى أمانة محضة، ولا يضمنها المودع لأن قبضها ينفع صاحبها على التجريد: فإن ادعى أنها تلفت فالقول قوله فيها لأن يده عليها يد أمانة، وسواء كان متهمًا أو غير متهم لأن ربها رضى بأمانته سواء قبضها ببينة أو بغير بينة.

فصل

فإن ادعى ردها على مالكها فذلك على وجهين: إن قبضها بغير بينة فالقول قوله فى ردها كالتلف، وإن كان قبضها ببينة لم تقبل منه إلا ببينة، خلافًا للشافعى(٣)، لأن رب المال لم يرض بأمانته على التجريد وإنما رضى بها فى الحفظ دون القبض لأنه توثق منه بما أشهد عليه [حين قبضها فوجب الضمان وإلا لم ينتفع بالإشهاد بها، ولا يلزم عليه](٤) التلف لأنه لا يمكن الإشهاد عليه.

مسألة

إذا عرض للمودع سفر لم يجز له أن يسافر بالوديعة، فإن سافر بها ضمن إن تلفت كان السفر آمنًا أو مخوفًا، خلافًا لأبى حنيفة فى تضمينه مع الخوف، لما روى «أن المسافر عن نفسه وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى»(٦) يعنى الهلاك، ولأن السفر

---

(١) الوديعة فى اللغة: من دع الشىء أى استحفظه عند غيره، القاموس المحيط (٣/ ٩٢)، وفى الاصطلاح: «هى مال موكل على حفظه»، بلغة السالك على الشرح الصغير (٢/ ٧٥٢).

(٢) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٨) ح (٣٥٣٤-٣٥٣٥)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٥٥) ح (١٢٦٤)، وقال: حسن غريب، وانظر تلخيص الحبير (٢/ ١١٢) ح (١).

(٣) لأنه جعل القول قول المودع عنده مع يمينه فى جميع الأحوال، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٦٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣٤٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٧٢)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٤٢).

(٦) ذكره الحافظ ابن حجر وقال: رواه السلفى فى أخبار أبى العلاء المعرى، انظر تلخيص الحبير (٣/ ١١٣) ح (٥).

غرر ولم يأذن له صاحبها بالتغرير بها، واعتباراً بالسفر المخوف.

فصل

إذا ثبت أنه لا يسافر بهـا فإنه يودعها ثقة ولا ضمان على واحـد منهما لأنه لا يمكنه حفظها بآكد من هذا الوجه.

فصل

إذا استـودعها من غيـر عذر ضمن لأن مالكهـا رضى بأمانته دون أمانة غـيره، ولم يأذن له فى دفعها إلى غيره فكان متعـديًا بذلك فلزمه الضمان، ويفارق ذلك حاجته إلى السفر لأن هناك ضرورة داعية إلى ما فعله، وكذلك إذا خاف عورة منزله فله أن يودعها غيره ولا ضمـان عليه لأن ذلك يجرى مجرى إرادة السفـر ولكن لا يصدق على الخوف على منزله إلا بأمر يظهر يعلم صدقه فيه.

فصل

إذا دفع إليه مالاً فى السفر يحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان[1]، والفرق بينه وبين مبتدئ السفر أن هذا قد أذن له فى السفر به إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة والحاضر يخالفه.

فصل

إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جـميعها، وإن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق فـلا ضمان عليه خـلافًا لعبد الملك فى إلزامه الضـمان لأن الذى أوجب عليه الضمان تعـديه بالأخذ فإذا ردها فقد زال التعدى فسقط الـضمان، ولأنه حافظ لها على الوجه الذى أمـر به فلم يلزمه ضمـان كالابتداء، ووجـه قول عبـد الملك: أنه قد خرج عن الأمانة وصار متعديًا بأخذها فرده إياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف بها.

فصل

وسقوط الضمـان بالرد فيما له مثل كالذهب والفضـة والحنطة والعسل وكل ما يكال

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٠١).

أو يوزن، فأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه الضمان[١] لأن القيمة محتاجة إلى اجتهاد وحكم فلا يقبل حكمه لنفسه، والمثل لا اجتهاد فيه.

فصل

وفي قبول قوله: إنه رد ما أخذ أو مثله من غير بينة روايتان[٢]، فإذا قلنا: إنه يقبل فلأنه موكول إلى أمانته كادعائه التلف أو الرد، ولأنه منفق لها على وجه التأويل واعتقاد ردها فلم يخرجه ذلك عن الأمانة، وإذا قلنا: إنه لا يقبل فلأن الدين المتعلق بالذمة لا يبرأ المقر به منه إلا ببينة أو بإقرار الغريم اعتبارًا بسائر الديون.

مسألة

يكره أن يتجر بالوديعة لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها عليه لا لينتفع بها، وإن فعل فعليه الضمان وله الربح، ومن أبضع معه بضاعة ليشترى بها شيئًا فاتجر فيها فإن تلفت ضمن وإن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة لأن المبضع طالب التنمى والربح فليس لمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، وإن تلف المال ضمن بتعديه، والمودع إنما قصد الحفظ فقط فلم يكن له من الربح شىء[٣].

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٠١).
(٢) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٣٥٣).
(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٠٤).

باب: العارية (١)

العاريَّة: تمليك منافع العين بغير عوض، وهى جائزة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ [الحج:٧٧]، وقوله تعالى: ﴿إلا من أمر بصدقة أو معروف﴾ [النساء:١١٤] وقوله ﷺ: «كل معروف صدقة»(٢)، وقوله: «العارية مؤداة»(٣)، لأنه ﷺ استعار(٤) وكذلك الصحابة.

فصل

العارية نوعان: نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان فهذا لا يضمن إلا بالتعدى، وضرب آخر يخفى هلاكه ويغاب عليه فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بغير قوله ببينة تقوم على هلاكه من غير تعدٍ كان من المستعير ففيه روايتان: إحداهما لا يضمن وهو الصحيح، والأخرى أنه يضمن وهو قول أشهب، وعند الشافعى أنها مضمونة على كل وجه(٥)، [وعند أبى حنيفة أن العارية لا تضمن على كل وجه(٦)](٧)، فدليلنا على سقوط الضمان فى الحيوان والرباع ما روى: «ليس على المستعير ضمان»(٨)، ولأنه حيوان وعقار قبضه [لاستيفاء] منفعة فلم يضمن

(١) قال صاحب شرح الحدود: (قال ذكر الجوهرى: أن العارية بالتشديد منسوبة إلى العار قال: لأن طلبها عار قال: يقال: هم يتعورون العوارى بينهم. وقيل: مستعاراً بمعنى: متعاور أى: متداول وفى بعض حواشى الصحاح ما ذكره من أنها من العار وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنها من التعاور الذى هو التداول، انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٥٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبوداود: البيوع (٣/ ٢٩٥) ح (٣٥٦٥)، والترمذى: البيوع (٣/٥٥٦) ح (١٢٦٥)، وقال: حسن غريب، وابن ماجه: الصدقات (٢/٨٠١) ح (٢٣٩٨)، انظر تلخيص الحبير (٣/٥٤) ح (١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٩٤) ح (٣٥٦٢)، وأحمد: المسند (٣/ ٤٩٠) ح (١٥٣٠٨).

(٥) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٦٣)، الأم للإمام الشافعى (٣/٢١٨).

(٦) قال المرغينانى: (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدٍ لم يضمن)، الهداية (٣/٢٤٧)، الاختيار للموصلى (٣/ ٣١٢).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) أخرجه الدارقطنى: سننه (٣/ ٤١) ح (١٦٨) ، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ١٤٩) ح (١١٤٨٦ ـ ١١٤٨٧) وانظر نصب الراية (٤/ ١١٥).

تلفه كالعبد المستأجر والدار، ولأنه مستعار تلف من غير تفريط فلم يضمن كالأجراء، ودليلنا على وجوب الضمان عليه فيما يغاب عليه أنه قبضه لمنفعة نفسه فلم يكن له حكم الأمانة على التجريد، فإذا لم يعلم تلفه إلا بقوله لزمه الضمان، فأما إذا قامت به بينة فوجه قوله: لا ضمان عليه: أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له بتلفه فلم يلزمه الضمان كالعبد المحروس[1]، ووجه قوله أن عليه الضمان فلأن أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة فلم ينتقل عن أصله حسمًا للباب.

فصل

إذا أعار شيئًا إلى مدة لم يكن له أخذه قبلها لأن المدة قد صارت حقًا للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع فى الهبة، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها خلافًا للشافعى[2]، لأن العارية هى هبة المنافع أو تمليكها، فإن كانت مدة معلومة انحصرت عليها وإلا لزم من ذلك ما ينتفع فى مثله من المدة لأنه لو جاز له أخذها قبل ذلك لكان رجوعًا فى العارية لأنه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير فلم يكن للمعير إبطاله عليه.

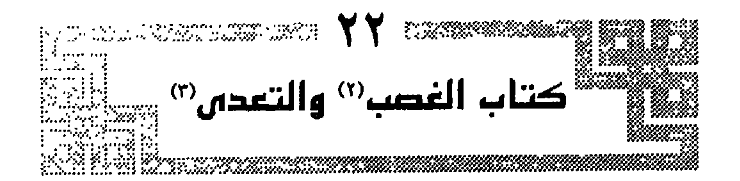
* * *

(١) ثبت فى (ب) (العبد المحرم).

(٢) المهذب للشيرازى (١/ ٣٦٣)، روضة الطالبين (٤/ ٤٣٦).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٢٢
كتاب الغصب(٢) والتعدى(٣)

مسألة

إذا أتلف على غيره شيئًا ظلمًا لزمه بدل ما أتلف لقوله تعالى: ﴿إنما السبيل على الذين يظلمون الناس﴾ [الشورى:٤٢] وقوله: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى:٤٠]. وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]، وقوله ﷺ: «طعام كطعام وصحفة كصحفة»(٤)، ولأنه أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه فلزمه بدل ما أتلف لأن الأبدال فى المتلفات كالقصاص فى النفوس، وقال تعالى: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾ [البقرة:١٧٩] معناه: أن القاتل أو الجارح إذا علم أنه يُفعل به مثل ما فعل ارتدع عن أن يفعل ذلك وانزجر خيفة أن يقتص منه فكأن فى ذلك حياة للنفوس، وإلا اجترأ الناس بعضهم [على بعض كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم](٥) على أموال بعض إذ لا بدل يلزمهم.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الغصب فى اللغة: أخذ الشيء ظلمًا، وفلان على الشيء قهره، القاموس المحيط (١/١١)، وفى الاصطلاح: «أخذ مال غير منفعة ظلمًا قهرًا لا لخوف قتال»، شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٦٦).

(٣) هو التصرف فى الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه، شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٦٨).

(٤) أصله عند البخارى من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه. أخرجه البخارى: المظالم (٥/١٤٨) ح (٢٤٨١)، وعند أبى داود والترمذى بلفظ «إناء مثل إناء وطعام مثل طعام»، أبو داود: البيوع (٣/٢٩٦) ح (٣٥٦٨)، والترمذى: الأحكام (٣/٦٣١) ح (١٣٥٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

[كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البـدل لاجترأ الناس بعضهم على بعض][1] فإذا ثبت ذلك فعلى المتلف دفع بدل المتلف إلى صاحبه والبدل نوعان:

مثل من طريق الخلقة والصورة: فهو كل ما يكال ويوزن، فمن أتلف على غيره شيئًا مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته وذلك كالذهب، والفضة، والحديد، والصفر[2] والنحاس، والحنطة، والشعير وسائر المأكولات ولا تلزمه القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة لأنهـا ضرب من الحكم والاجتـهاد فى تعديلهـا بالمتلف فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه فكان كالاجتهاد مع وجود النص إذ لا فائدة فيه.

فأمـا ما لا يكال ولا يوزن: كـالثياب وسـائر العروض، والرقيق، والحـيوان فـيلزمه بإتلافه قيمته دون مـثله، خلافًا لمن حكى عنه أنه يلزمه مثله من جنسه[3]، لقوله ﷺ: «من أعتق شـركًا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العـبد قوم عليه قـيمة العبـد فأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد»[4]، والعتق إتلاف ثم أوجب القيـمة فيه دون المثل فكان ذلك أصلاً فى بابه، ولأن كل ما لا يكال ولا يوزن فالغرض منه أعيانه دون مبلغه فوجب قيمة العين، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغـه فكان فيه مثله، والقيمة المعتبرة يوم التعدى والجناية لا يوم الحكم لأن الحكم معلق بذمـته بالتعدى لا بالحكم إذا مطالبة الحاكم إنما هى بأمر قد تقدم وجوبه وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به ذمته.

فصل

ولا يراعى ارتفاع الأسـواق وانخفاضـها كما لا يراعى ذلك فـى السرقة لأن القيـمة متعلقة بالذمة تعلقًا منبرمًا حين التعدى ولا يؤثر ذلك بغيرها[5].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الصُفْر بالضم: النحاس وصانعه الصفار، القاموس المحيط (٢/ ٧١).

(٣) حكى عن العنبرى: أنه يجب فى كل شىء مثله. المغنى لابن قدامة (٥/ ٣٧٥).

(٤) أخرجه البخارى: الشركة (٥/ ١٥٦) ح (٢٤٩١) ومسلم: العتق (٢/ ١١٣٩) ح (١/ ١٥٠١).

(٥) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٨٢).

فصل

الجناية على ضربين: جناية تُبطل يسيرًا من المنفعة وجلها من السلعة باق فهذا يجب فيه ما نقص: وذلك بأن تقوم وقت الجناية صحيحة وتقوم بالجناية فيلزم الجانى ما بين القيمتين[١]، وإنما قلنا ذلك لأن الذى يلزمه بدل مما أتلف والإتلاف إنما يكون لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه، والضرب الآخر جناية تُبطل الغرض المقصود من الشيء والذى له يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة: فهذا يكون صاحبه مخيرًا إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحًا ومعيبًا وإن شاء أسلمه وأخذ قيمته وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يزيده لبعض المنافع فتعدى عليه رجل فيقطع يده أو يعميه فيبطل عليه الغرض الذى له يراد فى العادة، وكذلك المركوب الذى يراد للجمال والركوب يقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل الغرض المقصود منه وإن كان يبقى فيه استعماله فى الحمل ونقل التراب أو ما أشبه ذلك، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعى: عليه فى ذلك مثل ما بين القيمتين[٣]، وإنما قلنا ذلك لأنه قد أتلف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه ضمانه اعتبارًا به لو أحرقه أو أتلف جميعه.

مسألة

الشيء المغصوب مضمون باليد فمن غصب شيئًا فقد ضمنه إلى أن يرده، فإن رده كما غصبه سقط عنه الضمان ولزم المالك قبوله، فإن تلف عنده على أى وجه تلف ضمنه بقيمته يوم الغصب، إما بمثله إن كان مما له مثل أو بقيمته إن كان مما لا مثل له أى نوع كان من ذهب أو فضة أو حيوان أو متاع أو عروض أو عقار، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن كل ما لا يصح نقله كالضياع والعقار فإن الغاصب لا يضمنه [بإخراجه عن يد مالكه إلا بأن يجنى هو عليه فيتلف فيضمنه][٤] بالإتلاف[٥]، ودليلنا أن كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن له ما لا ينقل منها ولا يحول كالقبض فى

---

(١) المدونة الكبرى (٤/ ١٨٢، ١٨٣)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٤٣).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٢٢).

(٣) المهذب للشيرازى (١/ ٣٦٩)، روضة الطالبين (٥/ ٤١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) قال المرغينانى: (هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله: يضمنه)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٣٦)، الاختيار للموصلى (٢/ ٣١٨).

البيع، واعتبارًا بما لا ينقل ولا يحول بعلة أنها أعيان مقصورة، ولأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا رده فلا شيء عليه لأنه قد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه وترك إمساكه ظلمًا وإعادته إلى يد مالكه فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب.

فصل

إذا زاد المغصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة فى تعلم صنعة أو زيادة تسوق أو ما أشبه ذلك [فإنما][1] للمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجرة عليه لما علم من ذلك لأن المالك لم يأذن له، وليس بعين يمكنه ارتجاعه فلم يكن له شيء فأما إن زاد عنده بسمن أو غيره ثم تلفت تلك الزيادة ورجع إلى ما كان عليه عند الغصب فرده على الحال التى غصبه عليها لزم المالك أخذه ولا ضمان على الغاصب، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يضمن ما نقص عنده فيرد الأرش معه[2]، ودليلنا أن من أصلنا أنه ضامن لها يوم الغصب وما طرأ على أبعاضها أو ثمنها من نقصان أو زيادة فلا حكم له لأنه طارئ على عين مضمونه، ولأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكها على الصفة التى غصبت يوجب القبول فوجب سقوط الضمان، أصله لو لم تزد عنده واعتبارًا بحوالة الأسواق.

فصل

إذا رده ناقصًا فى بدنه عمًا غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يرده ويضمنه القيمة يوم الغصب، وإنما قلنا ذلك لأنه متعدى عليه والغاصب هو المتعدى فكان أولى بالحمل عليه لقوله تعالى: ﴿**إنما السبيل على الذين يظلمون الناس**﴾ [الشورى:٤٢]، ولأن المعتدى عليه مخير فى الأصول لأنه مجنى عليه فى ماله فله أن يقول لا آخذها كسيرة وقد غصبت منى صحيحة، فإذا ثبت أنه مخير بأن كان أخذها ناقصة فينظر: فإن كان ما حدث بها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل من الغاصب فليس للمالك إلا أخذها بغير أرش أو إسلامها وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب، وإنما قلنا

(١) سقطت من (ب).

(٢) روضة الطالبين (٥/٤٢)، الأم للإمام الشافعى (٣/٢١٩).

ذلك لأن الغاصب كـان ضامنًا [لهـا يوم الغصب][١] فلم يكن لما حـدث من العيب فيـها حكم فى الضمان لأنه على أصل مضمون فإذا اختار المالك أخذها فقد رضى بعيبها لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها ويرجع بالقيمة، فإذا قال: أريد الأرش لم يكن له ذلك لأن الغاصب لم يكن ضـامنًا لما حدث بانفراده وإنما كان ضـامنًا له بضمان الجملة وأبعـاضها تابعة لها.

فصل

فأما إن كانت الجناية بفـعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو يفقأ عينهـا واختار أخذها فـهل يجب له أخذ أرش النقص، فيـه خلاف، قـال ابن القـاسم: له ذلك[٢]، وقال سحنون وابن المواز: ليس له إلا أخذها ناقـصة بغير أرش أو إسلامها والرجـوع بالقيمة يوم الغصب، وجه قول ابن القاسم: أنه جناية على ملك كالمبتدأة، ولأن المالك متعدى عليه بشيـئين بالغصب [وبالجناية فله أخذ الغاصب بأيهـما شاء][٣]، ووجه قول سحنون وابن المواز: أنه ضامن لقـيمتهـا بالغصب، والجناية الطارئة بعد الضمـان لا حكم لها، أصله إذا كانت من قبل الله تعـالى، لأن الجناية على النفس آكد وأغلظ من الجناية على الأطراف وقد ثبت أن الغـاصب لو قتلها لم يلزمـه زيادة على قيمـتها يوم الغـصب ففى الجناية على الأطراف أولى.

مسألة

إذا غصب دارًا أو عبدًا أو دابة أو ثوبًا فلم ينتفـع به بسكنى ولا بركوب أو استخدام أو لبس أو غير ذلك ولا بإكراء ولا أغله فلا شىء عليه ولا يطالب بأجرة المدة التى بقيت غصبًا فى يده[٤]، وقال الشافعى: تلزمـه أجرة المثل للمدة التى قامت فى يده[٥]، ودليلنا

(١) سقطت من (ب).

(٢) المدونة الكبرى (٤/ ١٨٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٤٤).

(٥) قال الإمام الشافعى: (وإذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها أو لم يستغلها ولمثلها غلة أو دارًا فسكنها أو أكراها أو لم يسكنها ولم يكرها ولمثلها كـراء أو شيئًا ما كان مما له غلة استغله أو لم يستغـله انتفع به أو لم ينتفع به فعليـه كراء مثله من حين أخـذه حتى يرده)، انظر الأم للشافعى (٣/ ٢٢٢).

أنها منافع لم تستوف من المغصوب فلم يضمنها الغاصب، أصله منافع البضع وهو أن يحبس حرة لا يمكنها التزويج وأخذ بدل بضعها حتى مضت مدة من الزمان فإنه لا يضمن مهر مثلها، ولأنها منافع تلفت فى يد الغاصب من غير أن ينتفع بها أو يأخذ لها بدلاً فلم يضمنها كبضع الأمة.

فصل

فأما إذا انتفع الغاصب بالمغصوب إما بنفسه، مثل أن يسكن الدار أو يركب الدابة أو يستخدم العبد أو يزرع الأرض، أو بأن يؤاجر ذلك يأخذ غلته فقد اختلف فيه: ففرق ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان فقال فى الربع: إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجرة المثل، وإن كان أكراها من غيره لزم غرم ما أكراها به إن كان بقدر أجرة المثل وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة، وفى الدواب والرقيق لا رجوع للمالك على الغاصب لا فيما انتفع به بنفسه ولا فيما أكراه واغتله، وقيل لا فرق بين ذلك كله ويرجع المالك عليه بكراء وغلة ما اغتله ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم، وقيل عن مالك: إن المالك لا يرجع بشىء أصلاً لا من أجرة ولا من كراء لا فيما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكراه فى كل شىء من الرباع والحيوان وغيرها، وأن المنافع بالضمان[١].

فوجه التفريق بين الحيوان والرباع أن الحيوان غير مأمون لأن التغير يسرع إليه والتلف غالبًا يجوز عليه فيمكن أن يتلف باستعماله فيلزمه قيمته فكان الخراج له وليس كذلك الرباع لأنها مأمونة فى الغالب، ولأن الحيوان محتاج إلى نفقة ومؤونة والغاصب لا يرجع بما أنفق عليه فكانت المنافع غير مضمونة عليه والرباع يرجع بما أنفق فيها أو عَمَّره فأخذ منه قيمة ما انتفع وأجرة ما اغتل.

ووجه التفريق بين انتفاعه بنفسه وبين [ما أكراه واغتله][٢] فى الحيوان والرقيق أن ما أكراه عوضًا فى منافع ملك الغير فكان كالعين القائمة فلزمه ردها، وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضًا يستحق رده عليه، ولأنه إن تلف ذلك فى استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئًا يغرم منه، فإن أكراه ثم تلف فقد اعتاض الكراء الذى يغرم منه.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٨٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

ووجه القول بأن المنافع غير مضمونة أصلاً قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[١]، ولأن الغاصب لما كان ضامنًا للعين بقيمتها يوم الغصب لم يكن لمنافعها حكم فى الضمان لأنها تابعة للعين، فأما إن اختار المالك أخذ العين ولا يرجع بشىء أو ضمنه قيمتها يوم الغصب، ولأن الضمان بالجناية آكد من الضمان بالاستخدام وغيره وقد بينا أن الغاصب لو جنى على بعض أطراف المغصوب لم يكن للمالك إلا أخذه ناقصًا بالأرش أو إسلامه والرجوع بالقيمة يوم الغصب فكان بأن لا يرجع فى المنافع أولى.

ووجه القول بأنه يرجع عليه فى كل ذلك قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[٢]، ولأنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة فلزمه قيمة ما انتفع به، أصله إذا ابتدأ الاستخدام والسكنى من غير غصب.

مسألة

إذا غصب ساجة[٣] فبنى عليها لزمه قلع البناء وردها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يقلعه[٤]، ولصاحبها القيمة، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٥]، ولأنها عين اغتصبها فإذا جاز ردها لزمه، أصله لو لم يبدأ فيها فى البناء، ولأنه شغل ملك الغير بملكه الذى لا حرمة له غصبًا فوجب أن يلزمه رده، أصله لو غصب أرضًا فزرعها.

فصل

إذا غصب أرضًا فزرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها، فإن كان وقت الزرع لم يفت كان للمالك قلع زرعها لقوله ﷺ : «ليس لعرق ظالم حق»[٦] وهذا عرق ظالم، ولأن منافعها غير مملوكة فليس له شغلها على صاحبها ولا لعرقه حرمة كزرع المستحق من يده فيلزم المالك تبقيته وأخذ الأجرة، وإذا كان كذلك كان له قلعه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الساجة: الخشبة التى يطين بها، القاموس المحيط (١/١٩٣).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٣٢٠)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٤٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى البيوع (٣/ ٢٩٤)ح (٣٥٦١)، والترمذى فى البيع (٣/٥٥٧) ح (١٢٦٦)، وابن ماجه الصدقات (٢/ ٨٠٢) ح (٢٤٠٠).

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

فأما إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك به إن قلع الزرع ففيها روايتان[1]: إحداهما أن له قلعه، والأخرى أن ليس له قلعه ويكون على الغاصب أجرة المثل، فوجه قوله أن يقلعه قوله ﷺ: «وليس لعرق ظالم حق»[2]، واعتبارًا به إذا كان وقت الزرع لم يفت. [ووجه قوله ليس له قلعه: أنه لا ينتفع بذلك ويضر بالزرع][3] فكان قصده مجرد الإضرار بالغاصب فلا يترك لذلك والأول أصح.

فصل

إذا أراق على ذمي خمرًا فعليه قيمته عند مالك[4]، وقال عبد الملك لا قيمة عليه، وهو قول الشافعي[5]، فوجه قول مالك أنه أتلف عليه ظلمًا ما يعتقده ملكًا له ويعز عليه فلزمه قيمته، أصله إذا أتلف عليه ثوبًا أو غيره من العروض، ووجه قول عبد الملك إنه لا قيمة للخمر فلم يلزمه بسوى الأدب بإتلافه ما لم يكن له أن يتولى إتلافه، كما لو عدى على مرتد فقتله لم تلزمه ولم يكن عليه إلا الأدب بافتياته على الإمام.

فصل

إذا غصب أمة فوطئها فإنه زان لأنه وطء عن غصب كوطء الحرة وولده ملكًا لسيده لأن ولد الأمة من غير سيدها تابع لها في الحرية والرق.

فصل

إذا أخذ القيمة من الغصب ثم وجد الشيء المغصوب فهو للغاصب ولا رجوع للمالك عليه خلافًا للشافعي[6]، لأنه لما أدى القيمة صار ملكًا له لأنه عوض عن رقبته فأشبه الثمن وهذا إذا لم يكن الغاصب أخفاه.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٩٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) المدونة الكبرى (٤/ ١٩٠).

(٥) قال النووي: (الخمر والخنزير لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي)، روضة الطالبين (٥/ ١٧).

(٦) قال الشيرازي: (فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك)، المهذب (١/ ٣٦٨).

فصل

إذا فتح قفصًا عن طائر فطار ضمنه، طار عقيب الفتح أو بعد مهلة، خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢]، لأن سبب إتلافه الفتح لأن بالفتح خرج من القفص ولولاه لم يكن له سبيل إليه فإذا ثبت أن فتحه سبب لإتلافه لزمه ضمانه.

(١) قال الموصلى: (لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو طيران الطير)، الاختيار (٢/ ٣٢٥).

(٢) قال النووى: (فتح قفصًا عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه فإن لم يزد على الفتح، فثلاثة أقوال: أظهرها: إن طار فى الحال ضمن وإلا فلا. والثانى: يضمن مطلقًا، والثالث: لا يضمن مطلقًا). روضة الطالبين (٥/ ٥).

باب: الاستحقاق [(١)]

إذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل فقد اختلف قوله فى أخذها فعنه فى ذلك روايتان[(٢)]: إحداهما أن المستحق يأخذها، والأخرى أن ليس له أخذها وله قيمتها.

فوجه قوله إن له أخذها لأنها باقية على ملكه واستيلاد الغير إياها لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها حرمة الاستيلاد لأن ذلك إنما يكون بفعل من السيد، وأما على وجه صنع له فيه فلا، ولأنها ولدت من غير مالك فلم يثبت لها حرمة الاستيلاد، أصله إذا ولدت من نكاح ولأن اعتقاد الوطء استباحة وطئها بالملك كاعتقاده ذلك فى النكاح وقد ثبت أنه لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة ووطئها فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك فى البيع.

ووجه قوله إنه ليس له أخذها فلأنه واطىء بشبهة ملك وشبهة كل عقد مردود إلى صحيحه، وإذا ثبت أنه ليس له أخذها فله القيمة وتكون يوم فاتت بالوطء كما تكون على الغاصب يوم الغصب، وإن لم [يختر][(٣)] أخذ الثمن ولا أخذها واختار الثمن الذى باعها به الغاصب فله ذلك لأنه متعدى عليه والخيار له، فإذا قلنا له أخذها أو ليس له أخذها فإن الولد لا يأخذه بحال لأن [الأب][(٤)] دخل على أنه وطئ ملكه وإن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم فأما أخذ قيمتهم من الأب ففيه خلاف:

فوجه أخذها أن الأصل أن ولد أمته ملك له إلا أنه منع ذلك لحرمة الاستيلاد الثابت بالشبهة فكان له الرجوع بالقيمة على الأب لأنه سبب يمنع أخذ السيد لهم، ووجه نفى أخذها أنهم ولدوا فى ضمان الأب بعد ثبوت القيمة عليه للأم وثبوت حرمتها فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل، وإذا وجدها قد ولدت من غاصب فإنه يأخذها لأن حرمة الاستيلاد لا تثبت لها ويأخذ الولد لأنهم ملك له لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار والواطئ زان إذا وطئ على الغصب يلزمه الحد ولا يلحق به الولد وقد بيناه.

---

(١) الاستحقاق فى اللغة: إضافة الشىء لمن يصلح به وله فيه حق، وفى الاصطلاح: رفع ملك شىء بثبوت ملك قبله، أو حرية كذلك بغير عوض»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٧٠).

(٢) المدونة الكبرى (٤/١٩٧).

(٣) ثبت فى (ب) (يجبر).

(٤) سقطت من (أ).

فصل

فأمـا إذا غرت الأمة من نفـسها فـتزوجت على أنها حـرة فللسيـد أخذها لأن منافع بضعها ملك له وغرورها لا يزيل ملكه، وله أخـذ قيمة الولد ممن أخذه لأنه سبب زوال السـيد عنهم ـ لأنـه دخل على أن يكونوا أحـراراً بما غرته من نفـسـها، وهذا إذا كـان الواطئ أجنبيًا أو ممن لا يعتق ولده على رجـوع له بقيمة الولد على الواطئ[١] خلافًا لمن يقول: إن له القيمة[٢] لأن الولد إذا وجب عتـقه عليه فأخـذ العوض عليه غيـر جائز، والقيمـة تكون يوم الحكم لأن ذلك وقت استحقاقـها، ويرجع الأب بالصداق على من غرَّه لأن الـعوض لم يسلم له ولا يرجع بقـيمـة الولد إذا أخذت منه على مـن غره لأن الغرر لم يتعلق بالولد وإنما تعلق بالاستمتاع.

مسألة

من أحيا مواتًا أو ابتاع خرابًا فعمَّرها ثم جـاء مستحق: فإنه يأخذ ملكه إن أحب بعد دفع قيمة العمـارة قائمة، ويرجع المشترى بالثمن على بائعه فإن لـم يختر المستحق ذلك قيل للثانى ادفع إليه قيمة أرضه براحًا وتكون لك فإن أبى كانا شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة وقيمة العمارة قائمة[٣].

وإنما قلنا إن المستحق يبدأ بالخيار لأنه أقوى سببًا لكون الأرض له والمشترى أو المحيى عمر فى شـبهة ملك فكان صاحب الملك مقـدمًا عليه، وإنما قلنا يعطيه قيـمة البناء قائمًا لأنه لم يتعـد فى البناء فيه فيطالب بـالقلع، وإنما دخل على أنه يبنى فى ملكه فلم يكن ظالمًا بل كان لبنائه حرمة.

وإنما قلنا: إنه إذا بذل القيمـة لزم الثانى أخذها لأن الضرر قد زال عنه بالاسـتحقاق بحصول القيمة، وإنما قلنا إن القيمة تكون وقت الحكم لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٩٨).

(٢) حكاه ابن قدامة رواية عن أحمد، وقال: قال ابن المـنذر: كذلك قضى عمر وعلى وابن عباس، انظر المغنى (٧/ ٤١٦).

(٣) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٩٥).

وإنما قلنا إن الخيار ينتقل إلى الثانى إذا [أبى][(١)] المستحق ليزول الضرر عنهما فيقال [للبانى][(٢)] ادفع إليه قيمة براحه فإن أجاب إلى ذلك وأبى المالك أجُبر على أخذه لأن [البانى][(٢)] يقول لست أختار أن يكون لى بناء فى ملك غيرى فيكون له ذلك.

وإنما قلنا إنهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإجبار أو البقاء على الشركة.

فصل

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير: إن شاء قلع بناءه وغرسه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعًا بعد طرح أجرة القلع[(٣)].

وإنما وجب ذلك لأن عرق الغاصب لا حرمة له لأنه عرق ظالم فكان لرب الأرض قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعًا إن اختار، ولا مقال للغاصب إن قال أريد عين مالى ولا أريد قيمته لأن المالك يقول لا أدعك تعور أرضى بقلع غراسها أو بنائها أو بإخرابها وإحواجى إلى عمارتها فيكون ذلك له، وإنما قلنا إنه يدفع إليه قيمته مقلوعًا لأن تبقيته غير مستحقة عليه، لأن القيمة فى هذا الموضع بدل عن العين للغراس والبناء فلما كان للغاصب أخذه نقضًا وخشبًا كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان يأخذه لو أخذه، وإنما قلنا يحط عنه أجرة القلع لأن قلعه مستحق على الغاصب لأن عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة وليس للغاصب قيمة ما له إن قلع ولا قلعه مثل الجص الذى لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزاويق وما أشبه ذلك أن قلع ذلك إضرار برب الأرض ويعور أرضه من غير نفع يحصل للغاصب فلم يكن منه[(٤)]، ولا معتبر لقوله إن هذا غير شيئى فلى أخذه لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما فيما يقصد به إضرار غيره فلا يمكن منه والله أعلم وأحكم.

* * *

(١) ثبت فى (أ) (أفاء).
(٢) ثبت فى (ب) (الثانى).
(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٤٧).
(٤) الكافى لابن عبد البر (٢/٨٤٦).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [١]

٢٣
كتاب الحوالة [٢]

لا خلاف[٣] فى جواز الحوالة، والأصل فيه قوله ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع»[٤]، وهى فى الحقيقة بيع الدين بالدين لأن المحيل باع الدين الذى له على المحال عليه من غريمه بدينه الذى كان عليه، واستثنيت من الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين لأن المقصود بيع الرطب بالتمر فى نظائر لذلك.

مسألة

إذا أحالك غريمك بدينك الذى لك عليه على من له عليه دين لم يلزمك ذلك إلا برضاك: فإن رضيت باتباعه تحول حقك وبرئت ذمة غريمك المحيل، ولا اعتبار برضا من أحيل عليه ولا رجوع لك على من أحالك إن فات من أحلت عليه أو غاب أو أفلس إلا أن يكون غريمك علم منه حين أحالك عليه إفلاسًا فقد غرك ولم يعلمك فيكون لك الرجوع على غريمك.

وإنما شرطنا رضا صاحب الدين بالحوالة، خلافًا لداود[٥] فى قوله: إنه يلزمه قبول الحوالة شاء أم أبى، لأن صاحب الدين رضى بذمة غريمه دون غيرها فلا يلزمه الانتقال

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الحوالة فى اللغة: الإحالة أو التحويل وفى الاصطلاح: «طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٢٣).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٩)، المغنى لابن قدامة (٥/ ٥٤).

(٤) أخرجه البخارى فى الحوالة (٤/ ٥٤٢) ح (٢٢٨٧)، ومسلم فى المساقاة (٢/ ١١٩٧) ح (١٥٦٤/٣٣).

(٥) انظر المحلى لابن حزم (٨/ ١١٠).

إلى ذمة لم يرض بها مع بقاء الذمة الأولى، ولأنه حق تعلق بذمته فلم يجبر على نقله إلى شيء آخر كما لا يجبر على نقله إلى شيء آخر.

وإنما شرطنا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين لأنه إن لم يكن له عليه دين كانت حمالة لا حوالة لأن حقيقة الحوالة: بيع الدين الذى على الحال بالدين الذى للمحيل، وتحول الحق من ذمة إلى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل الحوالة به.

وإنما قلنا: إن ذمة المحيل تبرأ إذا رضى صاحب الدين بالحوالة، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن له الرجوع إن مات المحال عليه مفلسًا أو جحد الحق[1]، لقوله ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»[2] فأطلق، ولأنها حوالة برأت ذمة المحيل بها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها، أصله إذا لم تتغير حاله، ولأن عقد الحوالة إذا انبرم منع رجوع المحال على المحيل، أصله ما ذكرناه، ولأن الحوالة بمنزلة الإبراء والقبض لأن المطالبة بالدين تسقط معها والاعتبار حادث بعد القبض فلا رجوع للمحال به.

وإنما قلنا إذا غره كان له الرجوع، خلافًا للشافعى فى قوله لا رجوع له[3]، لقوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»[4] وهذا غير ملىء، ولأن المحال إنما أبرأ المحيل على شرط وهو علمه بسلامة ذمة من يحمله عليه، وإذا غره كان له الرجوع لأنه قصد إتلاف ماله.

وإنما قلنا: إن رضا من يحال عليه غير معتبر، خلافًا لداود فى قوله: لا تلزمه حوالة صاحب الدين لغيره إلا برضاه[5]، لقوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»[6] ولم يشرط رضاه، ولأن الحق هو للمالك له أن يملكه من شاء وينقله إلى ملك من يختاره وكسائر الحقوق.

---

(١) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣٧)، الهداية للمرغينانى (٣/ ١١٠).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) روضة الطالبين (٤/ ٢٣٢)، المهذب (١/ ٣٣٨).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) المحلى لابن حزم (٨/ ١١٠).
(٦) تقدم تخريجه.

باب: الحمالة (١)

الأصل فى جواز الحمالة قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢]، وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»(٢)، ولأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولا خلاف فى جوازها(٣)، ولها عبارات هى الحمالة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد.

فصل

وهى جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم فى شغل ذمته بالحق للذى عليه، ولا يجوز فى الحدود لتعذر هذا المعنى فيها لأن استيفاءها من الضامن غير جائز.

فصل

الكفالة بالوجه(٤) جائزة خلافًا للشافعى(٥)، لأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى ماله على طريق الوثيقة كالوثيقة بالمال، ولأن على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر، وإذا ثبت أن ذلك عليه صح أن يضمن عنه، ولا يلزم عليه الحدود ولا يقال إن عليه أن يحضر ويقتل أو يحد.

فصل

إذا ثبت جواز الكفالة بالوجه: فإن جاء الكفيل بالمتكفل به فقد برىء، وإن لم يأت

(١) الحمالة: هى التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له»، شرح حدود ابن عرفة (٤٢٧/٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/٩٩).

(٤) وهى التى يعبر عنها بالكفالة بالبدن عند بقية الفقهاء.

(٥) قال الشيرازى: (وتجوز كفالة البدن على المنصوص فى الكتب وقال فى الدعاوى والبينات إن كفالة البدن ضعيفة فمن أصحابنا من قال: تصح قولاً واحدًا وقوله: ضعيفة أراد من جهة القياس ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما: أنها لا تصح لأنه ضمان عين فى الذمة بعقد فلم يصح كالمسلم فى ثمرة نخلة بعينها. والثانى: يصح وهو الأظهر»، المهذب للشيرازى (٣٤٢/١).

به غرم ما عليه، لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[١] لأن الفائدة فى الحمالة بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه إحضار الغريم بدليل امتناع الكفالة فى الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، وسواء شرط ذلك عليه أم لا فى أنه يكون ضامنًا للمال إلا أن يشترط أنى متكفل بوجهه، فإن هرب لم يكن علىَّ من المال الذى عليه شىء فلم يلزمه حينئذٍ بشرطه إلا أن يمكنه إحضاره فيفرط فيلزمه بتفريطه لأنه كمن تعمد إتلاف مال غيره، ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شىء بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق لأنه لا صنع له فى موته فينسب إلى تفريط.

فصل

الضمان لا يبرئ ذمة المضمون عنه، خلافًا لابن أبى ليلى[٢] لقوله ﷺ: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه متى يقضى عنه»[٣]، ولأن الضمان مأخوذ من الضمن وهو شغل ذمة أخرى بالحق بخلاف الحوالة التى هى مأخوذة من تحول الحق، ولأنها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

فصل

يصح[٤] فى المعلوم والمجهول خلافًا للشافعى[٥]، لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[٦] ولم يفرق، ولأنه تطوع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف فجاز كالنذر.

فصل

الضمان عن الميت جائز إذا خلف وفاء من غير خلافًا ، ويجوز عندنا أن يضمن عنه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) حكى ابن قدامة ذلك عن ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود، وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل»، المغنى (٥/ ٧٢).

(٣) أخرجه الترمذى فى الجنائز (٣/ ٣٨٠) ح (١٠٧٨)، وابن ماجه فى الصدقات (٢/ ٨٠٦) ح (٢٤١٣).

(٤) أى: الضمان.

(٥) قال الماوردى: (ولا يصح ضمان المال حتى يكون واجبًا معلومًا ولا يصح ضمان ما لم يجب ولا ما كان مجهولاً ولا الإبراء)، الحاوى الكبير (٦/ ٤٥١)، روضة الطالبين (٤/ ٢٥٠).

(٦) تقدم تخريجه.

وإن لم يخلف وفاء خلافًا لأبى حنيفة[١]، لحديث أبى قتادة فى الرجل الذى مات وعليه ديناران فامتنع النبى ﷺ من الصلاة عليه فلما ضمنها أبو قتادة صلىَّ عليه[٢] لأن كل دين لو كان به وفاء صح ضمانه فإنه يصح وإن لم يكن به وفاء، أصله الضمان عن الحى.

فصل

لا يبرأ ضمين المال إلا أن يحضر وجه المتكفل به لأن التكفل يغير وجهه والبراءة إنما تكون بخروجه مما تكفل به، واختلف عنه فى مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم فعنه فى ذلك ثلاث روايات: إحداها أن له ذلك وهو قول أبى حنيفة[٣] والشافعى[٤]، والأخرى أن ليس له مطالبة الكفيل إلا أن يتعذر أخذ الحق من الغريم وهو قول عبد الملك، والثالثة أنه ابتدأ بمال الغريم فإن وفَّى لم تكن له مطالبة الكفيل، فإن عجز أخذ باقى الحق من مال الكفيل، وهذا على التحقيق ليس برواية ثالثة وإنما رجوع إلى الثانية.

فوجه الأولى قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[٥] ولم يفرق، ولأنها حال ضمان كحال إفلاس الغريم، ولأن الضامن أقام نفسه مقام الغريم فى شغل ذمته بالحق على الوجه الذى كانت ذمة الغريم مشغولة به فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل.

ووجه الثانية ما احتج به أحمد بن المعذل وهو الضمان فى العادة إنما هو لحفظ الحق من التوى[٦] والهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم فى أصل المطالبة فإذا صح ذلك لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذى عليه دخل الضامن.

فأما الثالثة فمرتبة على ذلك، وذلك أنه يبدأ بمال الغريم لأنه أحق بالمطالبة فإن وفَّى به سقط عن الضمين، وإن عجز تمم من مال الضمين لأن استيفاءه متعذر من الغريم وهذه فائدة الضمان.

---

(١) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣٢).

(٢) أخرجه البخارى فى الحوالة (٤/ ٥٤٥) ح (٢٢٨٩) وأحمد فى المسند (٣/ ٣٦٣) ح (١٤١٦٧).

(٣) قال الموصلى: (إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصل وله مطالبتهما جميعًا وتفريقًا ليتحقق معنى الضم)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣٠)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٩).

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٤٣٦)، روضة الطالبين (٤/ ٢٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) التوى: الهلاك، انظر القاموس المحيط (٤/ ٣٠٧).

فصل

وإذا مات الضمين دون حلول الحق ففيها روايتان: إحداهما أن المال يؤخذ من تركة الضمين فيدفع إلى صاحب الدين ويرجع به ورثة الضمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله، والثانية أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فيعزل إلى أن يحل الأجل[1] فإن أمكنه أخذه من الغريم رد على ورثة الضمين، وإن تعذر ذلك أخذ حينئذ من مال الضمين، والأولى مخرجة على أن له أن يطالب في حلول الحق أيهما شاء لأن موت الضمين يحل الحق عليه، والثانية مبنية على أنه ليس له مطالبة الضمين إلا أن يتعذر أخذه من الغريم، وإنما يعزل لئلا يتلفه الورثة.

فصل

الحمالة بالكتابة لا تصح لأنها ليست بدين ثابت مستقر، ولأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة[2].

فصل

وإن قال لرجل داين فلانًا وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك ولزمه ضمان ما يداين به مثله[3] وذلك مبني على ثلاثة أصول: أحدها أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه وقد ذكرناه في الرهن، والثاني: أن ضمان المجهول جائز وقد قدمناه، والثالث: أن الإطلاق في مثل ذلك محمول على العادة دون ما يخرج عنها.

***

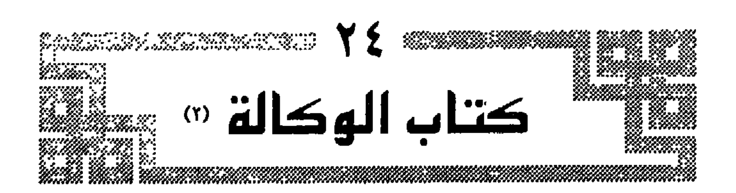
(١) حكاهما في المدونة الكبرى (٤/ ١٣١).

(٢) المدونة الكبرى (٤/ ١٣٩).

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٦٦٦).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [(١)]



٢٤ كتاب الوكالة [(٢)]

تصح الوكالة من الحاضر والغائب والرجل والمرأة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنها لا تصح إلا من غائب أو مريض أو امرأة غير [(٣)] برزة [(٤)]، لأن عليًا رضى الله عنه وكّل عقيلاً وقال: هذا عقيل ما قضى عليه فعلىَّ وما قضى له فلى ولم ينكر ذلك أحد، ولأن كل وكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور، أصله توكيل المريض، ولأن كل وكالة صحت برضا الموكل عليه صحت وإن لم يرض كوكالة الغائب والمرأة غير البرزة.

فصل

لا يفتقر التوكيل إلى حضور الخصم، وكذلك إثبات الوكالة عند الحاكم خلافًا لأبى حنيفة فى منعه ذلك إلا أن تتعلق الخصومة بحاضر مثل أن يدعى على جماعة فيحضروا واحدًا منهم ويغيب الباقون [(٥)]، لأنه توكيل فى استيفاء حق فلم يكن من شرطه حضور الموكل عليه، أصله إذا وكله على جماعة فحضر واحد وغاب الباقون، ولأنها استنابة فيما تصح فيه النيابة لم يفتقر إلى حضور الغير كالتوكيل فى البيع.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الوكالة فى اللغة تطلق على معان أحدها: الحفظ، وهو يعم هذا الباب وغيره ثم خص ذلك شرعًا على حفظ خاص، وفى الاصطلاح: «نيابة ذى حق غير ذى إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٣٧).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٥٣)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢١٢).

(٤) المرأة البرزة: هى التى تخرج لتقضى حوائجها وهى ضد المرأة الخفرة بفتح الخاء المعجمة وكسر الفاء أى: الشديدة الحياء، خفرت تخفر خفرًا فهى خفرة ومختفرة، المطلع (ص/ ٣٤٧).

(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ٢١٢)، الهداية للمرغينانى (٣/ ١٥٣).

فصل

الوكالة جائزة فى كل الحقوق التى تصح فيها النيابة من البيع والشراء، والاجارة، وعقد النكاح، والطلاق، واقتضاء الدين وقضائه، وخصومة الخصم، وتزويج الولى وغير ذلك مما يجرى مجراه.

فصل

إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه: فإن كان بثمن مثله جاز وقال الشافعى لا يجوز[1]، وكذلك عندنا للوصى والأب أما الدلالة على جواز ذلك للوصى وللأب فلقوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾ [البقرة: ٢٢٠]، ولأنه إنما أقيم للنظر فى مال من يلى عليه فإن كان الذى يشتريه بزيادة فذلك أحظ لليتيم وأسوأ أحواله أن يكون كالأجنبى، وأما الوكيل فلأن غرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشترين ولأن ذلك هو المقصود فيجب بحصوله أن يصح.

فصل

إذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له أن يبيع إلا بثمن مثله نقداً بنقد ذلك البلد، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم ذلك الموكل إلا برضاه، وكذلك لو وكله فى شراء شىء وكالة مطلقة لم يكن له أن يشتريه إلا بثمن مثله، وقال أبو حنيفة: يجوز فى البيع أن يبيع إلى أجل وبغير نقد البلد وبنقصان من ثمن المثل أو بما لا يتغابن الناس بمثله[2]، ووافقنا فيه إذا وكله بشراء عبد أنه ليس له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله ولا إلى أجل.

فدليلنا على أنه لا يجوز بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله أنه توكيل فى مساومة فلم يجز فيه التغابن المتفاوت كالتوكيل فى الشراء، ولأن المحاباة فى حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المريض ومنعها للوارث، وقد ثبت أن الوكيل ليس له هبة الشىء الذى وكل فيه وكذلك لا يملك المحاباة فيه، ودليلنا على أنه لا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد أن التوكيل إنما كان فى بيع مطلق والبيع فى الشرع يقتضى النقد بنقد البلد: كما لو

---

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٥٣١)، مختصر المزنى بهامش الأم (٣/ ٧).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ١٦٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢١٨).

قال رجل: بعنى هذا الثوب بمائة درهم فقال: بعتكه لكان هذا الإطلاق يقتضى التعجيل بنقد البلد، إنما قلنا: إنه يكون بالخيار لأن من باع ملك غيره أو وهبه وقف على إجازته وقد ذكرناه فى البيوع.

فصل

إذا وكله فى قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدَّق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة لا يجبر الغريم على دفع الشىء إلى الوكيل، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يجبر إذا كان الحق فى الذمة ولا يجبر إذا كان فى غير ذمته[1]، ولأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به بدليل أنه لو كان عليه حق فطالبه صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود، والدفع بالإقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الدين لو جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية، وإذا كان كذلك لم يلزمه الدفع، وتحريره أن يقال: كل من لم يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبى، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزم بحكم ذلك الإقرار تسليم ما فى يده إلى الوكيل اعتبارًا بما فى يده من العين.

فصل

إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع إلى من يعترف بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فلو اعترف له صاحب الحق فقد برىء وإن أنكر الوكالة وأقر قبض الحق برىء الغريم أيضًا لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط فى الإبراء، كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء واعترف صاحب الحق بقبضه لبرىء الغريم فإن أقر صاحب الحق بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الدين إلى الوكيل لم يلتفت إلى أقوال الوكيل بالقبض وإنكاره ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم يقم بينة غرم فى ذلك لصاحب الحق لأن الغريم هو الذى أتلف ماله لأنه حين دفعه إلى من يبرأ بالدفع إليه وكذلك لو كانت الوكالة ببينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره، وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرم المال ثانية وله إحلاف صاحب الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفع الحق إلى وكيله فإن ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه

(١) الهداية للمرغينانى (٣/ ١٦٨).

ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك، ولا يحتاج إلى إقامة بينة على الدفع إلى الوكيل لأن البينة قد شهدت بقبض صاحب الحق [بحقه فإن ادعى الدفع إلى صاحب الحق][١] بغير بينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بيناه.

فصل

الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله: فإن ادعى رد [ما][٢] أودعه أو أسلمه إليه ليشترى به أو ليدفعه إلى غيره أو على أى وجه كان، صدق مع يمينه، فإن وكله بقبض دين وادعى أنه قبضه وسلمه إلى موكله أو أنه ضاع منه قبل تسليمه إلى الموكل، فإن ثبت قبضه إياه ببينة من الغريم صدق فى الضياع وفى إقباض الموكل، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقراره أو بإقرار الغريم فالدين باق على الغريم لا يبرأ إلا ببينة على دفعه إلى الوكيل على ما بيناه، ولو وكله على أن يقبض عنه دينًا لم يكن له أن يدفعه إلا ببينة فإن دفعه بغير بينة لم يبرأ الوكيل إن جحد صاحب الحق ويغرم الوكيل لأنه أتلف على الموكل ماله بترك التوثق، وعليه أنه لا يبرأ بذلك وليس له أن يتلف ماله، وكذلك الوصى يقضى [غرم الميت][٣] بغير بينة فهوضامن لأنه أتلف ذلك على الأصاغر.

فصل

الوكالة عقد جائز وليس من العقود اللازمة، وفائدة ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين الخروج من العقد أى وقت شاء من غير اعتبار برضا الآخر ولا خلاف أن الموكل له عزل الوكيل حضر الوكيل أم غاب، وكذلك للوكيل عندنا عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل[٤] وغيبته، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله ليس ذلك للوكيل إلا مع حضور الموكل، لأنه عقد لا يفتقر إلى شخص فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق والعتاق بعكسه البيع، ولأنه أحد متعاقدى الوكالة فلم يقف فسخه على حضور الآخر كالموكل.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) (رد مال).

(٣) سقطت من (أ).

(٤) قال الموصلى: (ولو عزل الوكيل نفسه لا ينعزل بدون علم الموكل لأنه عقد تم بهما وقد تعلق به حق كل واحد منهما ففى إبطاله بدون علم أحدهما إضرار به) . الاختيار للموصلى (٢/ ٢٢١).

فصل

إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له فتصرفه باطل ويضمن ما أتلفه[١] له لتعديه، وإن علم ذلك غريم أو معامل للموكل لم يجز تسليمه لشيء مما كان يجوز له أن يسلمه بحق الوكالة إلى الوكيل: فإن فعل ذلك لم يبرأه وضمن من غير اعتبار بعلم الوكيل، فأما إذا تصرف الوكيل بعد ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل لا يعلم فاختلف فيه، فقال ابن القاسم: تصرفه مردود، وقال غيره من أصحابنا: تصرفه صحيح[٢]، فدليلنا على البطلان أن العزل معنى يسقط الوكالة فلم يختلف بعلم الوكيل بموجبه وجهله، أصله الموت.

فصل

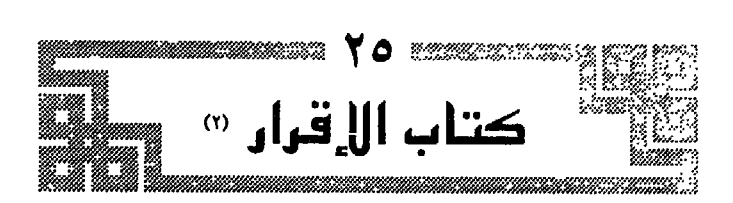
إذا وكله في شراء جارية للوطء أو الخدمة أو تزويج أو شراء ثوب أو عبد لم يصفه له جاز، ويلزمه من ذلك ما يشبه دون ما لم يشبه لأن إطلاق الوكالة يقتضي ما يشبه، فإذا ادعى غيره لم يقبل منه لأنه خلاف العرف كما لو ادعى في بيع سلعة أنه وكله في بيعها بما لا يتغابن الناس بمثله لم يصدق لأنه خلاف العرف[٣].

* * *

(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك (٢/ ٧٣٤).
(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٨٨).
(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٢٢).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٢٥ كتاب الإقرار (٢)

إذا أقر بمال ولم يذكر مبلغه اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يرجع في تفسيره إليه فيلزمه قدر ما يقر به من قليل أو كثير ولو قيراط أو حبة وهو قول الشافعي(٣) ومنهم من قال: يجيء على أصول مالك أن يلزمه ربع دينار إن كان من أهل الذهب وثلاثة دراهم إن كان من أهل الورق، وذكر عن ابن المواز أنه يلزمه عشرون دينارًا إن كان من أهل الذهب أو مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وقال: بعض أصحابنا: ويجيء على هذا أن يلزمه إن كان من أهل الإبل والبقر والغنم أول نصاب منهما.

فوجه القول بنفي التقدير قوله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلمًا﴾ [النساء: ١٠]، وقوله: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء: ٥]. ولا خلاف أن هذا ينتظم القليل والكثير، ولأن هذا الاسم لجنس ليس له تقدير في شرع ولا لغة فوجب أن يلزم الاسم لقليله وكثيره.

ووجه القول بمراعاة نصاب القطع إنه لما عدم المقدار من جهة المقر وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره ولا يجب نفيه لنفي المقر ووجدنا المقادير تعلم من ثلاثة أوجه: إما لغة، أو شرعًا، أو عادة وقد انتفت من طريق اللغة والعادة وثبتت من طريق الشرع في مواضع منها نصاب الزكاة، ومنها تقدير المهور، والقطع فأخذنا بأقل المقادير لأنه المتيقن

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الإقرار في اللغة: هو الاعتراف والإذعان للحق، القاموس المحيط (٢/ ١١٦)، وفي الاصطلاح: (خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٤٣).

(٣) الأم للشافعي (٣/ ٢١١)، روضة الطالبين (٤/ ٣٧١).

وأول ما يتناوله الاسـم، ووجه اعتبار نصاب الزكـاة أن اسم المال لما كان لا يكفى فيه الجنس ووجدنا العادة تمنع إطلاق الإسلام على ثلاثة دراهم أو ربع دينار وهى أن تكون فيها تقـدير فإنها لا تثبت الاسم إلا فى حد من الكثرة فكان أولى المقـادير ما اتفق عليه العادة من طريق الجملة والشرع من طريق التفصيل وهو مائتا درهم أو عشرون ديناراً.

فصل

إذا أقر بمال عظيم أو كثير: فمن أصحابنا من قال: هو بمنزلة مال على التحديد ويرجع فى تفسيره إليه وهو قول الشافعى[1]، ومنهم من قال: ثلاثة دراهم أو ربع دينار، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة، ويحتمل عندى قولين زائدين على هذا أحدهما: ألف دينار وهو قدر الدية، والآخر ما زاد على نصاب الزكاة.

فوجه القول بأنه لا حد فى ذلك أن وصف الشىء بالعظم لا يفيد حداً لأنه يختلف بإضافته إلى ما دونه وإلى ما فوقه وإذا كان كذلك لم يكن ها هنا طريق بتقديره فوجب الرجوع إلى تفسيره.

ووجه اعتبار نصاب القطع أنه قد ثبت أن وصفه بالعظيم يقتضى صفة زائدة على الاسم لأن [قوله][2] عظيم يفيد ثبوت زيادة على ما دونه، ومتى رجعنا فى تفسيره إليه ففسره بأقل ما يقع عليه اسم المال مثل حبة وقيراط لم يستحق الاسم لأنه ليس دون لكون هو أعظم منه، فإذا ثبت ذلك وجب تقديره بزيادة عليه وقد ثبت اسم العظم لما يقطع فيه اليد ويستباح به البضع فى مواضع منها قوله تعالى: ﴿**ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات**﴾ [النساء: ٢٥]. يريد المهر[3]، وقول عائشة رضى الله عنها: كان رسول الله ﷺ لا يقطع فى التافه وكان يقطع فى ربع الدينار[4]، فثبت أن هذا ليس بتافه، والتافه هو اليسير الحقير الذى لا قدر له وإذا انتفى هذا الاسم عنه دخل فى أول اسم العظم.

ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن ذلك إنما ضرب لأنه أقل لما يحتمل المواساة، وما دونه لا يحتمل ذلك لضعفه عنه وإذا كان كذلك فإن تقديره بهذا أولى، والذى ذكرته أقوى

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٧٥)، الأم للشافعى (٣/ ٢١١).

(٢) ثبت فى (ب) (قولنا).

(٣) انظر تفسير الطبرى (٤/ ١٧).

(٤) ذكره الحافظ الزيلعى (٣/ ٣٦٠) وعزاه إلى ابن أبى شيبة فى مصنفه.

فى الاحتمال وأولى فى التقدير من كل هذا لأنه إذا ثبت أن العظيم يتضمن أن هناك دونه امتنع قول من يعتبره بأنه يرجع إلى ما يقر به، وإن كان حبة أو فلسًا لأنه لا شىء فى الحقر والدناءة أقل من هذا وذلك ينافى فى وصفه بالعظم وهذا واضح الفساد وإذا بطل ذلك وجب التحديد، ثم رجعنا إلى قول من حده بربع دينار وبعشرين دينارًا فوجدنا من يذهب إلى ذلك إقراره بأن له مالاً مجردًا عن ذكر العظم والكثرة فلم يجز أن يكون الموصوف بالعظم والذى لم يوصف به بقدر واحد فلم يكن بد من زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك وجب أمرين: إما تقدير يوصف بأنه عظيم وكثير وهو الدية لأنا لا نختلف أنها لا يتقدر بها اسم المال على الإطلاق فوجب أن يكون مقدارًا لما يسمى مالاً عظيمًا أو أن يلزمه زيادة على المقدار الذى يلزمه بمجرد قوله له: علىَّ مال وتكون الزيادة مؤثرة [بحسب][1] العرف فى وصف ذلك المقدار بالعظم ويرجع فى تقديره إليه.

فصل

إذا قال له: علىَّ دراهم أو دنانير لزمه له ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنانير وهذا مبنى على أصل مالك رحمه الله أن أقل الجمع ثلاثة، ودليلنا عليه أن أهل العربية قسموا الأسماء إلى آحاد وتثنية وجمع وجعلوا لكل قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة له تفيد معناه دون غيره: فقالوا: رجل ورجلان ورجال، وإن جار اتفاق التثنية والجمع فى كتابات أخر فغير منكر أن يتجوز بذلك كما يجوز كناية الجمع على الواحد، ويجب على قول من يقول من أصحابنا: إن أقل الجمع اثنان يلزمه درهمان وهو قول عبد الملك بن الماجشون.

فصل

ولو قال له دراهم كثرة: فذكر ابن عبد الحكم لأصحابنا فيها قولين: أحدهما ما زاد على ثلاثة دراهم، والآخر: أنه يلزمه تسعة دراهم، وبعض شيوخنا الذين درسنا عليهم يقول: يلزمه مائتا درهم، وقال أبو حنيفة: تلزمه عشرة دراهم[2]، وقال الشافعى: تلزمه ثلاثة دراهم[3].

---

(١) ثبت فى (أ) (بسبب).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٠١)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٧٢).

(٣) قال الماوردى: (وهذا صحيح إذا قال: له علىَّ دراهم فأقل ما يقبل منه ثلاثة دراهم وهو أقل الجمع المطلق من الأعداد)، الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ١٦)، روضة الطالبين (٤/ ٣٨٠).

ودليلنا على فساد قول أبى حنيفة والشافعى أن الإقرار يتضمن مالاً بصفة وهى الكثرة فلم يكن بد من اعتبارها، وقد ثبت أنه لو لم يصفه بذلك للزمه هذا القدر، وكذلك لو وصفه بالقلة للزمه أيضًا ثلاثة دراهم، [وبقى][1] فى هذا أمران فاسدان: إما أن يفيد وصفه بالقلة والكثرة فائدة واحدة وذلك باطل، أو أن يلغى الصفة ولا يؤخذ بها وذلك أيضًا باطل، فإذا بطل ذلك لم يبق إلا ما قلناه من زيادة على ما يتضمنه إقراره بدراهم مجردة عن صفة الكثرة، فإذا تقدر هذا فوجه القول بأنه يلزمه زيادة على الثلاثة دراهم[2] اتفاقنا على أنه لو أقر بدراهم قليلة لكانت ثلاثة، فوجب أن يفيد إقراره بالكثرة زيادة على ما يفيد إقراره بالقلة وليس فى الكثرة حد فيرجع فى ذلك إليه.

ووجه القول بأنه تسعة دراهم أن وصفها بالكثرة مبالغة فى زيادة المقدار والتباعد عن القلة فوجب أن يضاعف ثلاثة أضعاف: أعنى يكون مثلها ثلاث مرات لأن الكثرة اسم يجمع الكثير فلما كان اسم الدراهم يفيد فى الأصل ثلاثة لكونه أقل الجمع فكذلك الكثيرة قد ما يقع عليه اسم الدراهم ثلاث مرات، ووجه قول شيخنا إنه يلزمه مائتا درهم هو أن من أصله إذا قال: علىَّ مال عظيم إنه يلزمه مائتان وعظيم وكثير واحد فكذلك إذا قال دراهم عظيمة أو كثيرة.

فصل

ولو قال: له على دراهم لا قليلة ولا كثيرة قال محمد بن عبد الحكيم يلزمه أربعة ووجه ذلك أنه نفى عنها القلة. وجب بذلك زيادتها على الثلاثة التى لو وصفها بالقلة للزمته، وإذا وجب ذلك لزمه زيادة جزء من آحاد ما أقر به فتكون أربعة، وذلك يحتمل وجهًا آخر وهو أنه يلزمه زيادة على الثلاثة ويرجع فى ذلك إلى تفسيره على القول بأنه إذا قال: له على دراهم كثيرة لزمه زيادة على الثلاثة ويرجع إلى تفسيره، وكان هذا أولى لأن الغرض خروج الدراهم المقر بها عن اسم القلة.

فصل

إذا قال: له علىَّ دريهمات أو دنيرات فهو بمنزلة دنانير ودراهم لأن التصغير لا يؤثر فى المعنى عن أصله.

---

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

فصل

إذا قال: له على ألف ودرهم قال شيوخنا: يلزمه الدرهم[١] الذى عليه ويرجع فى تفسير الألف إليه، ولم يكن قوله ودرهم تفسيراً للألف، ويقال له: سمِّ ألف شئت فأى نوع فسره به لزم بقوله وأخذ به جملة من غير تفصيل، وكذلك لو قال: ألف ودينار أو وثوب أو وعبد ودابة وغير ذلك.

وقال أبو حنيفة: إن كان المفسر المعطوف به على الألف مما يكال أو يوزن أو يباع عدداً كالدراهم والدنانير والطعام وغير ذلك كان تفسيراً للألف فإن كان مما يباع بعينه لا بمقدار من وزن أو كيل أو عدد كالثياب والعبيد لم يكن تفسيراً[٢] [لها، ودليلنا أن كل ما لزم به حق بنفسه لم يكن تفسيراً][٣] لما تقدمه، أصله إذا قال: له علىَّ ألف وثوب، ولأن العطف قد يكون عطفًا على الجنس وعلى غير الجنس فلا يقضى بالمحتمل ووجب الرجوع فى تفسيره إلى المقر.

فصل

إذا قال: غصبت له شيئًا أو له عندى شيء: رُجع فى تفسيره إليه وقبل منه ما يقع عليه اسم الشيء، وكذلك إذا أقر بثوب أو عبد حلف على ما يقر به إن أنكره المدعى عليه، وفروع هذا الباب كثيرة.

فصل

إذا قال له على كذا درهمًا: قال محمد بن عبد الحكم: تلزمه عشرون درهمًا، وإن قال: كذا وكذا درهمًا لزمه أحد عشر درهمًا، [فإن قال: كذا وكذا درهمًا لزمه أحد وعشرون درهمًا][٤]، وقال الشافعى فى قوله كذا كذا درهمًا: أنه يلزمه درهم واحد[٥]، وفى قوله: كذا وكذا تلزمه درهمان[٦]، ودليلنا أن قوله: كذا وكذا لا يطلق إلا على

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٧٣)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٠٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى بعض النسخ (فى قوله كذا وكذا أنه يلزمه درهمًا واحدًا) وما أثبتناه من (أ).

(٦) روضة الطالبين (٤/ ٣٧٧)، الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٢٧).

عدد ولا يراد به درهم واحد هذا ظاهر الاستعمال فى عادة اللغة فبطل حمله على درهم واحد، وإذا بطـل ذلك فقد علـمنا أن الكناية تفسـرها بما لو صرح به لصح ولم يمـتنع وأول عدد يصح أن يقال فيه درهمًا أحد عشر فحملناه عليه، وإنما حملنا كذا درهمًا على عشـرين لأنه أول عدد مـستقل بنفسه يقـال فيه درهمًا، وحـملنا كذا وكـذا على أحد وعشرين لأن ذلك متيقن لكونه أقل ما فى باله وما زاد عليه مشكوك فيه.

فصل

إذا قال: له عليَّ بضعة عشر درهمًا كـان له ثلاثة عشر درهمًا لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة، وقـيل فى قوله تعالى: ﴿فلبث فى السـجن بضع سنين﴾ [يوسف:٤٢] : إنه سبع[١].

فصل

إذا قال: له عليَّ ثوب فى منديل أو فى صندوق كان مـقرًا بالثوب دون الوعاء، ولو قال: له عنـدى عسل فى زق[٢] لكان مقـرًا بالعسل والزق، وفرق أصـحابنا بينهـما بأن العسل يفتقر إلى الوعاء لأنه لا يمكن أخذه إلا فى وعاء والثوب يمكن أخذه بغير منديل فلم يتضمن الإقرار به إقرارًا بظرفه.

فصل

يصح الاستـثناء من غير الجنس وصـورته: أن يقول له: عليَّ ألف درهم إلا ثوبًا أو عبدًا أو دابة فيقـال له: اذكر قيمة العبد أو الثوب الذى استـثناه، ويكون مقرًا بما فضل من الألف عن قدر قيمـته، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك فـيما يكال أو يوزن ولا يجوز فيما لا يكال ولا يوزن[٣]، مثلاً أن يقول: له على ألف درهم إلا كر حنطة فيلزمه، ولو قال: ألف إلا دابة لم يصح، وقال زفر لا يصح استثناء من غير الجنس[٤].

---

(١) تفسير ابن كثير (١/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠)، طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٢) الزق بالكسر السـقاء أو جلد يجز ولا ينتف لـلشراب وغيره جـمع ازقاق . القامـوس المحيط (٣/ ٢٤١).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٠٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٧٨).

(٤) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٧٨).

ودليلنا على جوازه ورود اللغة به قال الله تعالى: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون * إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣٠ - ٣١]، وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

ولا يقال لشيء من هذا أنيس.

وقال آخر:

* وما بالربع من أحد إلا الأوارى *[١]

ودليلنا على أنه لا فرق بين ما يكال ويوزن وبين غيره أن أهل اللغة لم يفرقوا بين ذلك ولا اعتبروا هذا الفرق، واعتباراً بما يكال ويوزن.

فصل

استثناء الأكثر من الأقل يجوز خلافًا لعبد الملك[٢] وغيره، ولأن معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله له وهذا يصح فى الكثير إذا أخرج عن القليل كصحته فى القليل إذا أخرج من الكثير، وليس فيه إلا أن استعمالهم له يقل أو يستقبح وذلك لا يمنع تعلق الأحكام به، ولأنه لو قال: بعتك هذه الدار إلا خمسة أسداسها لصح ولكان بيعًا للسدس، وكل استثناء صح فى البيع صح فى الإقرار كالقليل.

فصل

إذا قال: لزيد عليَّ مائة درهم ثم قال بعد ذلك: لزيد عليَّ مائة درهم فإنهما مائة واحدة كان فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر لزمه مائتان[٣]، لأنه أعاد الإقرار على لفظه ومعناه فلم يلزمه بمجرد الثانى حق، أصله إذا كان ذلك فى المجلس.

فصل

إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم وفلان أو فلان: فنصف ألف للمقر له أولاً والنصف الباقى بين المشكوك فيهما، وذلك أن الأول غير مشكوك فيه وإنما الشك فيمن

(١) الأوارى جمع أور حر النار والشمس والعطش والدخان واللهب والجنوب. القاموس المحيط (١/٣٦٦).

(٢) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٤١٠).

(٣) انظر الفتاوى الهندية (٤/١٦٨).

يحصل شريكًا له فى الإقرار، والشك لا يقدح فى الإقرار الأول وإنما يقدح فى الاثنين الآخرين فيكون بينهما.

فصل

إذا قال: لفلان علىَّ ألف درهم وإلا فعبدى حر لزمه الألف لأن قوله وإلا فعبدى حر حلف على تقرير الإقرار.

فصل

إذا قال: له علىَّ دينار ولم يقل جيدًا ولا رديًا ولا وازنًا ولا ناقصًا ومات حكم عليه بدينار جيد وازن بنقد ذلك البلد لأن إطلاق الكلام محمول على التعارف كالبيع والشراء والإجارة، وإن كان نقد البلد مختلفًا فاختلف أصحابنا: قال محمد بن عبد الحكم: يلزمه دينار من أى نقد البلد مختلفًا ويحلف إن طلب ذلك المقر له، وقال شيخنا أبو بكر [الأبهرى][1]: يحتمل هذا والأجود أن يلزم الورثة أوسط النقود.

فصل

الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم فى الصحة والمرض سواء يتحاصون بينهم على قدر حقوقهم لا يقدم من أقر له فى الصحة على من أقر له فى المرض، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: يبدأ غرماء الصحة على غرماء المرض فيوفون ديونهم فإن فضل كان للغرماء المقر لهم فى المرض[2]، لأن المقر ممن لا يتهم المقر فى إقراره فأشبه إذا أقر له فى الصحة، واعتبارًا أنه إذا قامت له البينة.

فصل

إذا أقر فى مرضه المخوف لوارث نظر: فإن كان ممن يتهم فى إقراره له لم يقبل إقراره، وإن كان ممن لا يتهم فى إقراره له قبل، مثل أن يترك ابنا وابنة وزوجة ومولى

---

(١) سقط من (أ).

(٢) قال المرغينانى: (وإذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) الهداية (٣/٢٠٩ - ٢١٠)، الاختيار للموصلى (٢/١٨٣).

أو بعض العصبة الأباعد فيقر له بدين فهذا يبعد أن يتهم له في العادة فيقبل [إقراره، وقال أبو حنيفة : لا يقبل إقراره لوارث جملة[١] وقال الشافعي : يقبل][٢] على كل وجه[٣].

فدليلنا على أبي حنيفة أن منع إقراره للوارث للتهمة بالإزواء[٤] ولمحبة صرف ماله إلى الأقرب إليه ومن يعلم محبته له من ورثته فإن انتفى هذا المعنى وجب قبوله، ودليلنا على الشافعي أنه لما كان متهمًا في إقراره له بالدين ليزوي عنه من الورثة وجب رد إقراره له وإلا كان في ذلك ذريعة إلى تمكينه في الإزواء، ومن الوصية للوارث وإذا كان كذلك وجب منعه.

فصل

وفي إقراره للصديق الملاطف روايتان: إحداهما رده، والأخرى قبوله[٥] ويكون في الثلث، فوجه الرد أنه متهم في إقراره له أن يكون أراد إزواء المسلمين أو الأباعد من عصبته والوصية له بزيادة على الثلث فجعله إقرار له فيجب رده، ووجه القبول أن أكثر ما في ذلك أن يكون هبة ووصية فالذي يخشى منه أن يكون من رأس المال، فإذا أحسمنا هذا الباب فجعلناه من الثلث جاز.

فصل

إذا ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث: فإن النسب لا يثبت لأنه مقر على غيره ويعطيه عندنا ثلث ما في يديه وهو قدر ما يخصه من الميراث على هذا المقر لو أقر به الأخ الآخر، وعلى هذا الحساب يثبت الإقرار من بعض الورثة لوارث.

---

(١) قال الموصلي: (وإقرار المريض لوارثه باطل إلا أن يصدقه بقية الورثة) الاختيار (٢/ ١٨٣)، الهداية (٣/ ٢١٠).

(٢) سقط من (ب).

(٣) الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣٠)، مختصر المزني بهامش الأم (٣/ ١٤).

(٤) الإزواء يطلق على الطوى والجمع والضم. القاموس المحيط (٤/ ٣٣٩).

(٥) حكاهما ابن عبد البر في الكافي (٢/ ٨٨٨).

فصل

وقال [الشافعي: لا يعطى شيئًا، وقال أبو حنيفة[١]: يعطيه نصف ما في يدية[٢] فدليلنا على][٣] الشافعي أن إقراره يتضمن شيئين: أحدهما على نفسه، والآخر على غيره فالذى على نفسه استحقاق المقر له ما في يده من المال زيادة على قدر ميراثه، والذى على غيره كون المقر به ابنًا لأبيه فقُبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره، ولأن الميراث يستحق بنسب وبسبب ثم إنه لو قال: هذه المرأة زوجة أبى ومات عنها وهى زوجته لا أعلمها ماتت منه فأنكر ذلك الابن الآخر فإنه يؤخذ منه قدر نصيبها من الميراث مما في يده ولا تثبت الزوجية، وكذلك في اعترافه بالنسب.

فصل

ودليلنا على أبى حنيفة أن الواجب أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره وذلك هو قدر ما حصل في يده من الزيادة على ميراثه لأن تمام الميراث في يد الابن الآخر فلم يلزم المقر دفع ما ظلم الجاحد للمقر له.

فصل

ولو ترك ابنًا واحدًا لا وارث له غيره فأقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه أعطاه[٤] نصف ما في يده ولم يثبت نسب المقر له، خلافًا للشافعي في قوله: إنه يثبت نسبه، لأنه إقرار في حق غيره فلم يقبل كما لو كانا اثنين فأقر أحدهما وجحد الآخر، ولأن إقراره ليس بأكثر من شهادته وشهادة الواحد غير مقبولة فإقراره على الغير أولى، ويفارق الجماعة لأن شهادتهم تقبل في حق الغير.

(١) قال المزنى: (قال الشافعى رحمه الله: الذى أحفظ من قول المدنيين فيمن ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ أن نسبه لا يلحق ولا يأخذ شيئًا لأنه أقر له بمعنى إذا ثبت وورث فلما لم يثبت بذلك عليه حق وهذا أصح ما قيل في المذهب) مختصر المزنى (٣/ ٢٧).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢١٣)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٨٥).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ثبت في بعض النسخ (لأعطاه).

فصل

إذا قال: أقررت لى بمائة دينار وأنت بالغ، فقال بل أقررت بها لك وأنا غير بالغ: قال محمد بن عبد الحكم القول قول المقر مع يمينه، وأظن غيره من أصحابنا من يقول القول قول المدعى، فوجه الأول أن المدعى [يدعى][1] إلحاق دين بذمة المقر والمقر ينفى ذلك فلا يقبل منه إلا ببينة، ووجه الثانى أن الإقرار متفق على حصوله إلا أن المقر يزعم أنه لا حكم له فلا يقبل منه إلا أن تقوم له بينة بما يدعيه، وكذلك لو كان مجنونًا فبرىء فاختلفا فى الإقرار، فأما لو ادعى أنه كان مجنونًا وقال أقررت لك فى حال الجنون ولم يعلم أنه كان مجنونًا والمدعى يزعم أن الإقرار وقع فى الصحة فلأصحابنا فيها مذهبان[2]:

أحدهما أن القول قول المقر مع يمينه ووجه هذا اعتباره به إذا قال: أقررت لك وأنا صبى لأنه أضاف الإقرار إلى حال لا يتعلق بها حكم، والآخران القول قول المدعى، والفرق على هذا بينه وبين الصبى أن الصبى معلوم حصوله والمدعى زعم بعد زواله فيحتاج إلى بينة، وليس كذلك الجنون لأنه لم يثبت ما يدعيه المقر منه فلم تقبل إضافته الإقرار إلى حال لا يعلم أنه كان عليها، ومثل ذلك لو قال: قذفتنى وأنت بالغ، فقال: قذفتك وأنا صبى الحكم فيه واحد، ولو أقر وهو بالغ عاقل أنه كان استهلك له مائة دينار حال صغره أو جنونه غرم له لأن هذه أحوال يثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك بدليل أن البينة لو قامت بذلك للزمه فكذلك إقراره يلزمه به ما يلزمه بالبينة.

فصل

ولو ادعى [عليه][3] أنه أقر له بمائة دينار وهو بالغ عاقل، فقال: أقررت لك فى حال لست أدرى هل كانت حال صغر أو بلوغ أو عقل أو جنون[4] ، فقال محمد بن عبدالحكم : لا يلزمه بذلك بشىء لأنه لم يقر على نفسه بما يلزمه بشىء ، وفيها نظر ،

---

(١) ما بين المعكوفين مطموس فى (ا،ب).

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٤٠).

(٣) سقطت من (ا).

(٤) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٤٠).

ويشبه أن يلزمـه على قول من ذكرناه من أصحابنا لأن هذا لـيس بجواب فيلزم أبدًا إلى أن يقر وهو كمن قيل له: أقررت لى بألف وأنت بالغ، فقال: لا أدرى هل تستحق علىَّ هذه الألف أم لا أنه لا يترك وما يدعيه.

فصل

إذا أتى بالإقرار على غـير وجه الإقـرار بل على وجه الشكر والتحـدث به، مثل أن يجرى ذكر إنسان قد مات فوصف بأنه كان يسـعف من يسأله ويقرضه فيقول: رحم الله فلانًا لقد سألتـه مرة أن يقرضنى شيئًا وأنا مضـيق أو مفلس فأجاب مسألتـى فيقوم ورثة ذلك الإنسان فيطالبون هـذا المقر ففيها روايتان: إحـداهما أن ذلك إقرار، والأخرى أنه ليس بإقرار ولا يلزم به شيء.

فوجه الأولى أنه معترف بأن الرجل دفع إليه المال على وجه القرض ومدع للبراءة منه فلا يقـبل منه إلا ببينة، أصله الإقـرار المبتدأ عند دعـوى الخصم، ووجه الثـانية أنه لم يورده على وجه الإقرار وإنما أورده على وجه الشكر أو لغيـر ذلك، ولفظ الإقرار مفتقر فى [كونه][1] إقرارًا إلى القـصد لذلك، وهذه الرواية أحـسن وأوقع فى مقتـضى العادة والأول أقيس.

فصل

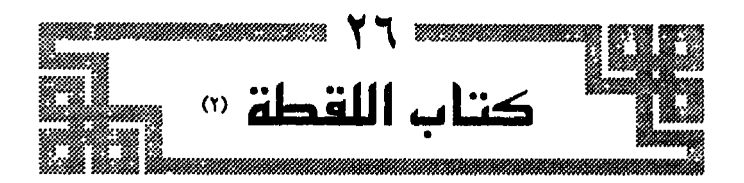
فرق محمد بن عبد الحكم بين أن يقر بأن هذا سرج دابة فلان أو لجام دابته وبين أن يقـر بأن هذا باب داره فزعم فى السـرج واللجـام أنه لا يكون إقرار بأنه يكون لفـلان، وفى هذا البـاب يكون إقرار به لصـاحب الدار قـال: لأن الباب من الدار فـإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها فقد تضمنه هذا الإقرار، وليس كذلك السرج واللجام لأنه ليس بجزء من الدابة بل هو غـيرها فكأنه قـال: هذا السرج يسرج به دابة فـلان وهذا اللجام يلجم به دابته، وفى موضع آخـر سوى بينهما إما قولاً له آخـر حكاه عن غيره، ووجه ذلك أنه أضاف ما أقر به إلى ملك المقر له فيضمن الإقرار له كباب الدار.

***

(١) سقط من (ب).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [١]



الأصل في اللقطة قوله ﷺ لمن سأله عنها: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[٣]، والشيء الملتقط على ضربين: منها ما له خطر وبال يمكن تعريفه فينبغي لملتقطه أن يأخذه ويعتقد بأخذه حفظه على صاحبه، وإنما استحببنا له ذلك لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والبر وهذا منه، ولأنها قد تحصل مع من ربما لا يؤدي الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم آخذها، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظها كان مندوبًا إلى ذلك، والضرب الآخر ما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كالكسر من الدرهم والشيء من المأكول وما أشبه ذلك فهذا لا فائدة في أخذه فإن أخذه جاز.

فصل

تعرف اللقطة سنة عند الموضع الذي أصابها فيه وفي أقرب المواضع إليه وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع، فإن جاء من يدعيها بعلامتها من العفاص[٤] والوكاء[٥]

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) اللقطة في اللغة: ما أخذ من الأرض واللقاطة بالضم ما كان ساقطًا مما لا قيمة له. القاموس المحيط (٢/ ٣٨٣).

وفي الاصطلاح: مال وجد بغير حرز محترمًا ليس حيوانًا ناطقًا ولا نعمًا. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٦٢).

(٣) أخرجه البخاري في اللقطة (٥/ ٩٦) ح(٢٤٢٧) ومسلم في اللقطة (٣/ ١٣٤٦) ح (١/ ١٧٢٢).

(٤) العفاص: الوعاء الذي فيه النفقة يصنع من جلد أو خرقة. القاموس المحيط (٢/ ٣٠٨).

(٥) الوكاء: رباط القربة وغيرها وكل ما شد رأسه من وعاء. القاموس المحيط (٤/ ٤٠١).

أو بزيادة على ذلك من ذكر ما فيها من ورق أو ذهب أو وزنه وما يغلب معه على الظن صدقة فى دعواه دفعت إليه بغير بينة، وإن مضت السنة ولم يأت لها طالب فهو بالخيار بين أن يتركها وتكون فى يده أمانة لا شىء عليه فى تلفها وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان، فإن جاء صاحبها فأجاز التصدق بها وإلا غرمها له، وبين أن يتملكها فتكون دينًا فى ذمته يدفعها إلى صاحبها ويكره له تملكها وإذا رد اللقطة إلى موضعها بعد أخذها فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها ضمنها إن ردها، فإن لم يأخذها بنية الالتقاط بل ليتبينها متروًيا بين أخذها وتركها فلا ضمان عليه.

وضالة الإبل لا ينبغى لواجدها أن يتعرض لها وليتركها، فأما ضالة الغنم فإن وجدها فى مدينة فهى كسائر اللقطة، وإن وجدها فى صحراء: فإن كان بقرب موضعها قرية أو موضع يضمها إليه فعل ذلك، وإن كان مفازة ولا قرية بقربها ولا موضع يحفظ فيه ويخاف عليها إن تركت الذئب فإن شاء تركها، وإن شاء أكلها ولا ضمان عليه فى ظاهر الروايتين، ومن وجد طعامًا يفسد بتركه فإن شاء تصدق به أو أكله وضمنه إن كان فى العمران ولا يضرب له أجل[1].

فصل

وإنما قلنا إنها تعرف سنة لقوله ﷺ: للذى سأله عن اللقطة: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة»[2]، ولأنه لما احتيج فى تعريفها إلى أمد ومهلة ليعثر على مالكها وأمكن أن يكون صاحبها حاضرًا لها أو غائبًا أو ممن يتعذر عليه الحضور إلا بعد مدة وجب أن يزاد فى المهلة وأن يوسع فى المدة ليحصل الغرض الملتمس، وإذا ثبت ذلك ولم يكن بعض المدة بأولى من بعض كانت السنة أولى ما ضربت حد لأنها قد جعلت حدًا فى غير موضع مما يختبر حاله مثل العنة، وعهدة الأدواء الثلاثة، ووجوب الزكاة، وغير ذلك.

وإنما قلنا إنه يعرفها فى المواضع التى ذكرناها لأن الغرض بالتعريف فى التوصل إلى علم صاحبها بموضعها كما يجب أن يكون ذلك فى المواضع التى يغلب على الظن الوصول إلى ذلك معها، وفى حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: لمن ذكر

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٣٦٧).

(٢) تقدم تخريجه.

له أنه وجد بطريق الشام صرة فيها ثمانون ديناراً: عرفها على أبواب المسجد واذكرها لمن يقدم من الشام[١].

فصل

وإنما قلنا إنها تدفع لمن يعرف عفاصها ووكاءها ولا يكلف على ذلك ببينة، خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣]، لقوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه[٤]، وروى «باغيها»[٥]، وروى «فإن جاء أحد يخبرك بعدتها»[٦]، ففي هذا دليلان: أحدهما أمره ﷺ بدفعها إلى مدعيها يدفعها إلى من عرف العفاص والوكاء من غير مطالبة ببينة، والآخر قوله: «اعلم عفاصها ووكاءها» ولا فائدة في ذلك إلا دفعها إلى من عرف ذلك منها لأن الضرورة قد تدعو إلى ذلك وإلا أدى إلى أن لا يصل أحد إلى ما يضيع من ماله لأنه لا يمكنه الإشهاد على ضياعه والبينات مترتبة في الأصول على حسب الأشياء المشهود فيها، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها.

فصل

وإنما قلنا إن السنة إذا مضت ولم يأت لها طالب: كان ملتقطها مخيراً بين تملكها والتصدق بها أو تركها لقوله ﷺ: «فإن لم يجئ صاحبها فشأنك بها»[٧] وهذا لفظ إباحة وإطلاق، فإن شاء تصدق بها لأنه ليس عليه حفظها بعد السنة لما في ذلك من المشقة والكلفة ويكون عليه الضمان لأنه فعل ذلك على وجه التخفيف عن نفسه يتكلف حفظها وليس له أن يتلف مال غيره بغير إذنه إلا بشرط الضمان للضرورة الداعية إليه، وإن شاء تركها أمانة في يده كالوديعة لا شيء عليه في تلفها لأنه قبضها لمنفعة ربها

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٥٧) ح (٤٧).

(٢) قال الموصلي: (ومن ادعى اللقطة يحتاج إلى البينة لأنها دعوى فإن أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه) الاختيار (٢/ ٢٨٣)، الهداية للمرغيناني (٢/ ٤٧٢).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٤١٣)، المهذب للشيرازي (١/ ٤٣١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أبو داود في اللقطة (٢/ ١٣٩) ح (١٧٠٦).

(٦) أخرجه أبو داود في اللقطة (٢/ ١٣٩) ح (١٧٠٨).

(٧) تقدم تخريجه.

خالصًا لا نفع له فيها فكان تلفها من ربهـا، وإن شاء استسلفها فكانت دينًا فى ذمته لأن الذمة قد تكون أحرز لها من اليد، ويكره ذلك عندنا لجواز أن يعسر عند مجيء صاحبها فيتعذر عليه ردها.

وإنما قلنا ردها إلى موضعها بعد أخذها إلى مـا ذكرناه لأنه إذا أخذها بنية حفظها فقد تعلق حفظهـا عليه ولزمه ذلك، فردها بعد أخـذها تعد إضاعة لما قـد لزمه حفظه وذلك غير جائز، وإذا أخـذها لا على هذا الوجه لم يتعلق عليه حفظها ولا لزمه إمـساكها فلم يتعد بردها.

وإنما قلنا إن ضالة الإبل لا يأخـذها واجدها لقوله ﷺ وسلم جوابًا لمن سـأله عنها: «ما لك ولها معـها سقاءها وحذاءها ترد الماء وتأكل الشجـر حتى يلقاها ربها»[1]، وقال عمر رضى الله عنه لثابت بن الضحاك ووجد بعيراً فعرفه ثم قال: قد شغلنى عن ضيعتى فقال عمر: أرسله حيث وجدته[2]، وإنما قلنا إنه فى ضالة الغنم أنه يأخـذها لقوله ﷺ «هى لك أو لأخيك أو للذئب»[3]. والفرق بينها وبين ضالة الإبل أن الإبل تحفظ نفسها من الوحش إن أرادها وتعيش بنفسها وتقدر على الشرب من الغدر[4] والأكل من الشجر فيبعد خوف الهلاك عليها وربما يجيء صاحـبها فيجدها وليس كذلك ضالة الغنم لأنها لا تعيش بنفســها ولا تقدر على الشرب من الغدر ولا تمتنع من الوحش والحـيوان المفترس وكان الغالب هلاكها حتـى لم تؤخذ، وإنما قلنا إنه إذا وجدها إلى جنب قرية أو موضع يمكن ضمهـا إليه لم يجز له أخذها لأنه يصل إلى حفظهـا على صاحبها من غيـر مشقة عليه فلم يجز إتلافها ولها قيمة فى الموضع الذى وجدها به.

وإنما قلنا إنه إن وجـدها فى فلاة لا قـرية بقربهـا فله أن يأكلها ولا غـرم عليه لربـها خلافًا لأبى حنيفة[5] والشافعى[6]، لقوله ﷺ: «هى لك أو لأخيك أو للذئب»[7]، وفى

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٥٩) ح (٤٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الغدر القطعة من الماء يغادرها السيل. القاموس المحيط (٢/ ١٠٠).

(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٨٢).

(٦) قال الشيرازى: (فإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمـسكها ويتطوع بالإنفاق عليها ويعرفها حولاً ثم يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعـرفها ثم يملك الثمن وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها) المهذب للشيرازى (٢/ ٤٣١, ٤٣٢).

(٧) تقدم تخريجه.

حديث آخر: «خـذها هي لك أو لأخيك أو للذئب»[١]. وهذا تنبيـه على أنها في حكم المتلف، ولا قيمة في إتلافـه، ولأنه أضافها إلى واجدها كإضافتـها إلى أنها للذئب فدل على أن إتلافها لا [يستحق][٢] به غرم، ولأن ما هذا سـبيله لا قيمة له في مـوضعه ولا يمكن تعريفه فلا يخلو أن يمنع أخذها وذلك خلاف الإجماع، وأن يلزم حفظها وسوقها إلى العمران وفي ذلك مشقة وكلفة مسقطـتان عنه، أو أن يباح أكلها بشرط الضمان فما هذا سبيله إنما يكون بعد التعريف إذا كـان مما يبقى فلم يبق إلا ما نقوله من إباحة الأكل بغير ضمان له.

وإنما قلنا في الطعام الذي لا يبطل إنه لا يعرف بأجل لأن تبقيته إلى الأجل إتلاف له على مـالكه وواجـده، وقلنا إن له أن يأكله لأنه إن لم يفـعل ذلك تلف ويضـمنه لأنه منتفع بملك غيره إلا أن يكون مما لا قيمة له والله أعلم.

* * *

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت في (ب) (يتعلق).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [١]

٢٧
كتاب الشفعة [٢]

لا خلاف فى وجوب الشفعة للشريك المخالط[٣]، والأصل فيها قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»[٤]، وروى «الشفعة فى كل شرك»[٥].

فصل

ولا شفعة لجار خلافًا لأبى حنيفة[٦]، لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[٧] ففيه أدلة: أحدها أنه أخبر عن جملة محلها وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة فى غيره، والثانى دليل الخطاب، والثالث نصه على أن القسمة إذا وقعت انتهت الشفعة، ولأن ملك محوز كالجار المقابل.

فصل

والشفعة مستحقة فى العقار من الدور والحوانيت والبساتين دون العروض والحيوان

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الشفعة فى اللغة: مشتق من الشفع كذا قيل لأن فيها أخذًا وضمًا لحصة أخرى شفعته.

وفى الاصطلاح: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٧٤).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٥)، المغنى لابن قدامة (٥/ ٤٥٩).

(٤) أخرجه البخارى فى الشفعة (٤/ ٥٠٩) ح (٢٢٥٧)، وابن ماجه فى الشفعة (٢/ ٨٣٤) ح (٢٤٩٧).

(٥) أخرجه مسلم فى المساقاة (٣/ ١٢٢٩) ح (١٣٤/ ١٦٠٨).

(٦) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٤٩).

(٧) تقدم تخريجه.

والرقيق، خلافًا لمن يحكى عنه وجوبها فى كل ذلك إن صح[1]. والأصل فيه قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»[2]، وروى «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[3]، وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو مستغرق له، ولأنه مما ينقل ويحول كالذهب والفضة، والفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين وجود الضرر فى الشركة فى الأرض على وجه الدوام، ولأن التخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك.

فصل

وعنه فى وجوب الشفعة فى الثمار إذا كان الأصل بأيديهم ملكًا أو حبسًا أو مساقاة أو مبتدأ الشراء روايتان[4] : إحداهما : ثبوتها، والأخرى : نفيها ، وهو قول المغيرة وعبد الملك، فوجه إثباتها: أنها معلقة من غير صنع آدمى بأصل تجب فيه الشفعة يخاف منه سوء المشاركة فأشبه الفحل والبئر، ووجه نفيها: قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[5] فعلقها بما يقسم من الأراضى، ولأن الشفعة فيما يدوم فيه الضرر وذلك معدوم فى الثمار فكانت كالعروض.

فصل

لا شفعة فى طريق ولا عرصة قسمت بيوتها وبقيت مرتفقًا لأهلها[6]، لأن ذلك تبع لأصل لا شفعة فيه وهو البيوت المقسومة.

ولا شفعة فى البئر والفحل، وإن كانت الأرض التى فيها مشاعة ففيهما الشفعة لأن فى أصلها الشفعة فهما تبع لها، وإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة فى البئر والفحل لأن أعيانها لا شفعة فيها إذ لا يصح قسمهما ولا هى متصله بأصل تجب الشفعة فيه

---

(١) قال ابن قدامة: (واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة: أنها لا شفعة فيها، ومرة قالا: الشفعة فى كل شىء، وقال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبد الله رواية: أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما فى معنى ذلك) المغنى لابن قدامة (٥/ ٤٦٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٠٧).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٥٤).

فتكون ثابتة له[١].

فصل

من له ممر فى أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علو له فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض لأنه ليس بشريك فيها، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حق فى نفس الملك، وكذلك الدار علوها لرجل وأسفلها لآخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر لأن أملاكهما متميزة والشركة منتفية.

مسألة

والشفعة بين الشركاء على قدر الحصص، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه على عدد الرءوس[٢]، لأن الشفعة معنى مستفاد بالملك فوجب أن يكون معتبرًا بعدد الأملاك لا بعدد الملاك، أصله غلة الدار وكسب العبد، ولأن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملاك الشركاء فى القلة والكثرة كالربح فى التجارة، ولأن الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبد لولاها ولا يمكن إزالته بحق واجب وهو أن يطالب المشترى الشريك بالقسمة فيلزمه ذلك فيدخل عليه الضرر من عدة وجوه: من نقصان قيمة نصيبه إذا قسم، ولزوم أجرة القسام، واستحداث مرافق أخر، وزيادة مؤنة، ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملاك لا على عدد رءوسهم، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن يستحق بقدر الملك لأن هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك وكذلك إذا رفع.

مسألة

الشفعة بين أهل الميراث على قدر رءوسهم، ومن باع أصل سهم منهم فشركاؤه فى ذلك السهم أحق [بالشفعة][٣] من باقى الورثة، فإن باع جميع أصل سهم سهمهم الذى ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أهل السهام عصبة

---

(١) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٥٤).

(٢) قال الموصلى: (وتقسم على عدد الرءوس وصورته دار بين ثلاثة لأحدهم النصف والآخر الثلث وللآخر السدس باع أحدهم نصيبه فالشفعة للباقين على السواء لاستوائهما فى السبب وهو الاتصال) الاختيار (٢/ ٥٣)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥١).

(٣) ثبت فى (أ) (بالشركة).

فباع بعض العصبة حق فالشفعة لبقية العصبة ولأهل السهام جميعًا، ولو باع بعض أهل سهم حقه كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة[١].

مثال جملة المسألة: أن يترك الميت جدتين وأختين لأم وإخوة لأب، وله ستة أسهم من اثنى عشر سهمًا من دار أو دكان، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقها من السدس فالجدة الأخرى أحق بالشفعة من الشركاء، فإن باعت الجدتان جميعًا فالشفعة لباقى الورثة، وإن باعت إحدى الأختين للأم حصتها فالأخت أحق بالشفعة من الإخوة لأب، فإن باع بعض الإخوة لأب حصتهم فالشفعة بين بقية الإخوة للأب وبين باقى أهل الميراث، فإن كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب.

فصل

وإنما قلنا إن أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٢]، لقوله ﷺ: «الشفعة فى كل شرك»[٣]، [والسهم نوع من الشرك][٤] فوجبت الشفعة فيه، لأنه نوع من الشركة فوجب أن يثبت الشافع فيه اعتبارًا بالشركة فى نفس العقار، وإنما قلنا إن بقية أهل السهم أولى من العصبة، لأنهم أخص منهم بالشركة وآكد أمرًا، لأن سهمهم معلوم مقدر، [وإنما قلنا إن أهل السهام يشاركون فى العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم][٥]، وإنما قلنا إن جميع ورثة الميت إذا كانوا عصبة تشافعوا بينهم لأنهم أهل ميراث واحد كأهل السهام.

مسألة

كل شقص ملك بعوض ففيه الشفعة إلا أن يعرض ما يقطعها بأى نوع كان من التمليكات من بيع، أو إجارة، أو خلع، أو مهر، أو صلح من أرش جناية، أو قيمة متلف، أو دم عمد، أو خطأ أو غير ذلك من أنواع المعاوضات، فأما ما ملك بغير عوض مثل الهبة بغير الثواب والصدقة ففيها روايتان: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها. ولا شفعة فى الميراث.

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/٢٠٦).

(٢) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٨١)، الأم للشافعى (٣/ ٢٣١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط (ا).

(٥) ما بين المعكوفين سقط (ا).

فصل

وإنما قلنا إن الشفعة واجبة فى أنواع المعاوضات لاتفاقهم على ذلك فى البيع فكان كل عوض بمثابته، [وقلنا إن الشفعة فى النكاح والخلع خلافًا لأبى حنيفة(١)، لأن النكاح نوع معاوضة فإذا ملك به ما يجب فيه الشفعة جاز أن يستحق كالبيع](٢).

فصل

إذا وجبت الشفعة فى المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص، خلافًا للشافعى فى قوله: إنها تؤخذ بمهر المثل(٣)، لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة، وذلك أن النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها، فمتى ألزمنا الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل وهو ألف دينار كنا قد حِفْنَا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر مما عاوضت عليه، وكذلك قيمة الشقص ألفًا مثلها مائة، فلو جعلنا للشفيع أخذ الشقص بمائة وهو يساوى ألفا كنا قد حفنا على المرأة لأن الزوج يقول أنا أصدقها هذا الشقص [على أن يقدر مهر المثل فكان الأعدل فى ذلك قيمة الشقص](٤).

فصل

ويؤخذ الشقص فى الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية، لأن الواجب بالعمد القود وإنما تجب الدية بالتراضى أو بتعذر القود، وليس كذلك الخطأ لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها، ووجه قوله فى الهبة والصدقة: إنه لا منفعة فيها، اعتبارًا بالميراث لأنه انتقال ملك بغير عوض، ووجه إيجاب الشفعة فيها، اعتبارها بالبيع بعلة أنه انتقال ملك باختيار.

مسألة

ومن باع صفقة واحدة شقصًا تجب فيه الشفعة ومعه عروض وحيوان فللشفيع أخذ

---

(١) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٥١).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الشيرازى: (لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها أو بما يدل على العقد) المهذب (١/ ٣٧٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

شفعته بحصتها من الثمن، وليس للمشترى أن يقول: لا أدعك تفرق الصفقة، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه والمشترى دخل على تفريق الصفقة[1].

فصل

لو اشترى أشقاصًا شفيع واحد فأراد الشفيع أن يأخذ شفعته من واحد منها ويترك بقيتها لم يكن له ذلك إلا برضى المشترى، بخلاف الأولى لأن الحق له فى الجميع فهو المختار لتبعيض الصفقة على المشترى فلا يترك وذلك[2].

فصل

ومن باع شقصًا من رجل وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلَّم سائرهم: فليس لمريد الشفعة إلا أن يأخذ الكل أو يترك، لأن الباقى إذا تركوا حصل الشقص كأنه ليس له إلا شفيع واحد فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك، ولو كان بعض الشفعاء حاضرًا وباقيهم غائب فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك لأن تبعيض الصفقة غير جائز ما لم يرض المشترى، وهو ممن له فى الشفعة حق، فإن أخذ الكل ثم قَدِمَ الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا لأن أخذ هذا الشفيع للجميع إنما كان لحق المشترى فى منع تفريق الصفقة عليه، ولأنه مشتر من المشترى، وليس لمن يأخذ الشفعة تفريق الصفقة عليه.

مسألة

الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع، ما لم يترك، أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة، فإن كان غائبًا فلا تنقطع شفعته ولو طالت غيبته [ما طالت][3] وإن كان حاضرًا فعنه روايتان: إحداهما أنه لا حد فى بطلان الشفعة من المدة، والأخرى أنه ينتظر عليه سنة ثم لا شفعة له بعدها[4]، وعند أبى حنيفة أنها على الفور كالرد بالعيب فإن أمسك عن المطالبة بها مع علمه وتمكينه منها بطلت[5]،

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢١٠).

(٢) المدونة الكبرى (٤/ ٢١٠).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٦٠).

(٥) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٥٤).

وقول الشافعى الصحيح عن أصحابه مثل ذلك[١]، فدليلنا أن المطالبة بالشفعة حق للشفيع، ومن له حق المطالبة فى أى وقت شاء إلا أن يعلم منه ترك له، هذا أصل بنى عليه هذا الباب ولا ينتقض بأعيان المسائل، ولأنه حق فى استيفاء مال لم يكن فيه تفريط أو تدليس فلم يجب المطالبة به على الفور، وأصله الديون، وفيه احتراز من الرد بالعيب، ولأن فى إيجابه المطالبة فوراً ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم ولم يحصل الثمن ولا باع ما يحصل من جهته، فيؤدى ذلك إلى تفويته إياه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك، وكذلك قد يكون المشترى قد عمَّر وغرس فيلزم الشفيع دفع القيمة إليه، فلا يجوز أن يثبت له حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يقتضى تغريمه إياه، وإنما قلنا: إن الغائب لا تنقع شفعته لقوله ﷺ: «فينتظر بها وإن كان غائبًا»[٢]، ولأنه معذور، ولأن تركه المطالبة لغيبته، ولا يمكنه غالبًا المطالبة مع الغيبة.

فصل

فأما الحاضر فوجه القول بأن مدته سنة: فلأنه إذا ثبت أن المطالبة ليست على الفور، وكان الأجل القريب فى معنى الفور، لأنه قد يكون له عذر فى إمساكه عن المطالبة ليُحصل الثمن وقيمة عمارة إن كانت للمشترى فيخاف أن يؤخذ بوزن ما يلزمه فى الحال وربما فى الحال وربما لا يحضره، فوجب ضرب مدة [له ليتسع لما يمكنه معه الأخذ، وكانت السنة أولى الآجال بأن تحد لأنها تجمع ما تجتمع معه العلل فى الصبر والإمهال، وقد جعلت فى الشرع حدا لأحكام عدة فكذلك فى مسألتنا، ووجه رواية التأبيد قوله: «الشريك أحق به»[٣] ولم يعلقه بمدة، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأروش الجنايات.

فصل

إذا وهب الشفيع شفعته قبل وجوبها له][٤] لم يلزمه لأنه لم يملك شيئًا يهبه، ومن

---

(١) قال النووى: (الأظهر المنصوص فى الكتب الجديدة: أن الشفعة على الفور). روضة الطالبين (١٠٧/٥).

(٢) أخرجه أبو داود فى البيوع (٣/ ٢٨٤) ح (٣٥١٨)، وابن ماجه فى الشفعة (٢/ ٨٣٣) ح (٢٤٩٤)، والترمذى فى الأحكام (٣/ ٦٤٢) ح (١٣٦٩): حديث غريب.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ).

وهب ما لا يملك لم تصح هبته.

فصل

إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمة ذلك العرض، وإن كان بطعام أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالقدر الذى عاوض المشترى به، فإن كان مما له مثل لزم الشفيع مثله وإلا فقيمته؛ لأن القيمة تقوم مقام المثل عند تعذره.

فصل

عهدة الشفيع على المشترى دون البائع، ودركه فى الاستحقاق لازم للمشترى، وعليه يرجع بالثمن ويرجع المشترى على البائع، وسواء أخذ الشقص قبل قبض المشترى إياه أو بعده فى حياة المشترى أو بعد موته، وقال ابن أبى ليلى: العهدة على البائع فى كل وجه[1]، وقال أبو حنيفة: هى على من يؤخذ الشقص منه كان البائع أو المشترى[2].

فدليلنا أن الشفعة تؤخذ من ملك المشترى دون البائع وذلك أن المبيع حصل فى ملك المشترى بنفس العقد المطلق، ومنه يتلف قبل القبض وبعده، وإن حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشترى فقد صح أن يأخذ من المشترى بعد تقرر ملكه عليه فيجب أن تكون العهدة عليه.

فصل

الإقالة لا تسقط الشفعة[3]، لأنها بيع حادث بعد تقرر الملك للمشترى ووجوب الشفعة للشفيع، فأشبهت بيعها من غير البائع. وقد اختلف قوله على من تكون العهدة بعد الإقالة، فقال: تكون على المشترى وتبطل الإقالة، ووجه ذلك ما ذكرناه من اعتباره ببيعه من غير البائع أن للشفيع الأخذ بأول البيعتين ويبطل ما بعده، وقال هو بالخيار إن شاء كتبها على البائع وإن شاء على المشترى، وهذا لأن الشفعة تجب له بالصفقتين بأى ذلك شاء أخذ، والعهدة على من يأخذها منه.

(١) قال ابن قدامة: (وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى: عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى) المغنى (٥/ ٥٣٤).

(٢) الاختيار للموصلى (٢/ ٥٦)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥٤).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٦٥).

فصل

إذا بيع سهم فيه الشفعة مراراً والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم ثم أراد الأخذ بالشفعة فله أخذها بأى الصفقات: فإن أخذها بآخر صفقة صح ما تقدم من الصفقات، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها [وترادوا بأصل الأثمان وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، وإن أخذها][1] بوسطها صح ما قبلها وبطل ما بعدها.

مسألة

وإذا أراد المشترى التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة فله إيقافه عند الحاكم، فإما أخذ أو ترك ليتمكن المشترى مما يريده من البناء والهدم والغرس وغير ذلك مما يتصرف الملاك فى أملاكهم[2].

فصل

ولا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها، لأن الشريك إنما جُعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول من لم يعهد شركته ولا عرف معاملته، وربما طلب بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فيلحقه فى ذلك ضرر وهذا معنى يختص الشريك به لا يوجد فى غيره، ولأنه إذا رضى بقطع حقه من تملك الشقص كان المشترى أولى بثبوت ملكه عليه.

فصل

إذا بنى المشترى وغرس وعمر ثم جاء الشفيع: فإن شاء أخذ بالثمن وقيمة البنيان والغراس قائماً يوم يأخذه، وإن شاء ترك، وقال أبو حنيفة: يأخذها بالثمن ويجبر المشترى على قلع البناء والغراس إلا أن يكون زرعاً يترك إلى أن يحصد[3]، فدليلنا قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[4] وهذا ليس عرق ظالم، ولأنه غرس أو بناء فى ملك صحيح يملك نفعه فلم يستحق عليه إتلافه، أصله ما لا يستحق عليه فيه شفعة، وإنما قلنا إن القيمة يوم الأخذ لأنه فى ذلك الوقت يحصل منه مشترياً له فاستحق العرض عليه حينئذ.

(١) ما بين المعكوفى سقط من (ب).
(٢) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٦٤).
(٣) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥٨,٣٥٩). الاختيار للموصلى (٢/ ٦١).
(٤) تقدم تخريجه.

فصل

ويتصور ذلك بوجوه منها أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع فطالبه شريكه بالبناء والغرس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك، ومنها أن يكون طالبه بالقسمة فبنى وغرس ثم علم بذلك، ومنها أن يكون الشفيع غائبًا فأذن الحاكم للمشترى فى البناء والغرس ثم جاء الشفيع.

فصل

ولو بيعت نخلة بثمرها فإن الشفيع يأخذها مع ثمرتها قائمة كانت أو مجذوذة وللمشترى ما سقى وأنفق، وقال أبو حنيفة: إن كانت قائمة فى رءوس النخل أخذها مع الأصل فإن كانت قد جذت الأصل بقسطه من الثمن[1]، وقال الشافعى: لا يأخذ الثمرة على وجه[2]، فدليلنا أن الثمرة ثابتة فى أصل المبيع غير مزايلة له قد ضمنه الصفقة من غير فعل آدمى فكانت الشفعة ثابتة فيها كالشجر.

مسألة

خيار الشفعة موروث، خلافًا لأبى حنيفة[3]، لقوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقًا فلورثته»[4]، ولأنه خيار لدفع الضرر عن ماله فجاز أن يقوم فيه وارثه مقامه كخيار الرد بالعيب، ولأنه حق مستفاد بالملك فجاز أن يكون موروثًا كثمر الشجر ونماء الماشية.

فصل

إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة حتى يتم البيع ويحصل الاختيار، وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة وإن كان للمشترى وجبت الشفعة[5]، وإنما قلنا لا شفعة قبل انبرام الخيار اعتباراً به لو كان الخيار للبائع، ولأن الشفعة تستحق بتمام العقد، وما لم يقع الخيار فالعقد غير تام، بدليل أن المشترى ربما لم يشتر فرد الشقص.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٦٠).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٩٦)، المهذب للشيرازى (١/ ٣٧٧).

(٣) الاختيار للموصلى (٢/ ٥٨) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٦٤).

(٤) أخرجه البخارى فى الكفالة (٤/ ٥٥٧) ح (٢٢٩٨)، ومسلم فى الفرائض (٣/ ١٢٣٧) ح (١٤/ ١٦١٩).

(٥) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٦٢).

فصل

إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل: فإن شاء الشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى أجل إن كان ثقة مليًا أو أتى بثقة ملىء يضمن الثمن عنه عند الأجل، وقال أبو حنيفة[١] والشافعى: ليس له أخذه إلا بالثمن حالاً أو الانتظار إلى أن يحل فيأخذه بالنقد[٢]، ودليلنا أن الشفعة تستحق بمثل الثمن الذى بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشترى من غير زيادة ولا مرفق بدليل أنه لو اشترى بغلة لم يأخذ صحاحًا، ولو ابتاع بصحاح لم يعط غلة، ولو ألزمنا الشفيع النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على الشفيع للمشترى، لأن العرف جارٍ بأن الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة، ولأن المشترى لا يلزمه أن ينقد، فلا يلزم الشفيع إلا ما يلزم المشترى، وإن معناه الأخذ إلى المدة أضررنا به طول تلك المدة فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

واختلف عنه فى الحمام: ففيه روايتان: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها وذلك مبنى على وجوب قسمته، فالشفعة تتبع القسمة فى الإثبات والنفى[٣].

فصل

وقد اختلف قوله: فى العقار الذى لا يقسم إذا طلب الشريك الشفعة: فقال: فيه الشفعة، وقال: لا شفعة إلا فيما ينقسم[٤]، فوجه إثباتها: قوله ﷺ: «الشفعة فى كل

---

(١) قال المرغينانى: (وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن صبر حتى ينقضى الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) الهداية (٤/٣٥٧).

(٢) قال الماوردى فيه قولان: (قوله فى القديم وبه قال مالك: أن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن فى ذمته إن كان ثقة وإن كان غير ثقة أقام ضمينًا ثقة قال الشافعى رضى الله عنه: وهذا أشبه بصلاح الناس).

والقول الثانى وبه قال فى الجديد وهو قول أبى حنيفة: أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ويقال له: أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٢٥٣)، المهذب (١/ ٣٧٨).

(٣) الكافى لابن عبد البر. (٢/ ٨٥٢).

(٤) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٢٤).

شرك»[1]، ولأنه عقار كالذى ينقسم، ووجه نفيها: قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[2] فنبَّه على اعتبار المقسوم، ولأن كل مبيع لا ينقسم فلا تدخله الشفعة كالثوب والعبد.

فصل

للذمى الشفعة فيما باع شريكه المسلم، خلافًا لأحمد[3] وداود لقوله ﷺ: «الشفعة فى كل شرك ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن»[4] فعم، ولأنه حق موضوع لإزالة الضرر عن الملك فاستوى فيه المسلم والكافر كالردِّ بالعيب.

مسألة

إذا اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن: فالقول قول المبتاع لأنه مدعى عليه والشفيع مدع لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه بدون ما يذكره، فكان على المشترى اليمين فإن حلف فإما أخذ الشفيع ما حلفه عليه وإلا ترك، وإن نكل حلف الشفيع وأخذ ما يدعيه، وكل ذلك إذا كان التداعى فيما يشبه فإن أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول مدعى المشبه[5] مع يمينه لأن العرف بصدقه ويكذب خصمه، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن لكونه ملكًا لا يبالى فيما يبذل، أو جارًا يزيد فى الثمن لحاجته إلى الشقص، وما أشبه ذلك، فإن العرف يُجوِّز فيه ذلك، فإن أقام أحدهما بينة ثبت له ما يدعيه مما تشهد به فإن أقام الآخر بينة حكم بأعدلهما على ما يبينه، فإن تكافئا سقطتا وعاد الأمر إلى أن القول قول المبتاع مع يمينه[6].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن قدامة: (إن الذمى إذا باع شريكه شقصًا لمسلم فلا شفعة له عليه روى ذلك عن الحسن والشعبى) المغنى (٥/ ٥٥١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال فى المدونة: (قال يشبه أى: يشبه أن يكون ثمنها فيما يتغابن فيه الناس).

(٦) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٠٨، ٢٠٩).

فصل

إذا حط البائع عن المبتاع شيئًا من ثمن الشفعة نظر: فإن كان مثلها مما حط فى البيوع والباقى يشبه أن يكون ثمنًا للشقص وجب حطه عن الشفـيع، وإن كان شيئًا متفاوتًا لا يصلح أن يكون الباقى ثمنًا للشقص فذلك هبـة لا توضع عن الشفيع، وسواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعده، وقال الشافعى: لا يحط عن الشفيع شيئًا أصلاً[1]، فدليلنا أن الذى يلزم الشفـيع أن يؤدى إلى المشتـرى ما عاوض على الشـقص، والذى عاوض عليه هو مـا دونه دون ما يحط عنه، ولأنه إذا حط عنه بعضـه علمنا أن الذى أظهره لم يكن الثمن فإن الثمن هو ما بقى بعد الحطيطة، فإذا وضع مالاً يشبه فى الباقى أن يكون ثمنًا فإنا نعلم أن ذلـك هبة لا تتعلق باسـتغلاء الشـقص واستصـلاح ثمنه فلا يحط عن الشفيع.

* * *

(١) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٢٨٧). المهذب للشيرازى (١/ ٣٧٨).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [(١)]

٢٨
كتاب القسمة [(٢)]

الأصل فى القسمة قوله تعالى: ﴿وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين﴾ [النساء:٨] الآية، وقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[(٣)] وما روى عن قسمته ﷺ الغنائم وإسهامه بين العبيد المعتقين فى المرض[(٤)] وقوله ﷺ: «كل مال أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية وما أدركه قسم الإسلام فهو على، قسم الإسلام»[(٥)] ولأن أحداً لا يجبر على مشاركة غيره إذا لم يخترها.

فصل

الأعيان المملوكات ضربان: ضرب يصح قسمه وضرب لا يصح قسمه، فالذى لا يصح قسمه هو: الثياب، والحيوان، والرقيق، والعروض وغيرها فهذا يصح قسمة النوع منه دون الأعيان، ولا يصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالثوب والعبد والدابة والسفينة

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) القسمة فى اللغة: (التجزئ يقال: قسمه يقسمه وقسمه جزأه والقسم هو النصيب أو الجزء من الشيء المقسوم) القاموس المحيط (٤/ ١٦٤).

وفى الاصطلاح: (تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض) شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٩٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم فى الأيمان (٣/١٢٨٨) ح (٥٦/١٦٦٨).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى الرهون (٢/ ٨٣١) ح (٢٤٨٥)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٦) ح (٣٥).

وما فى حكم العين الواحدة كالخفين والنعلين والبابين وكل ما فى قسمه إتلاف عينه أو إتلاف النفع به، فهذا النوع لا يصح قسم العين منه لأن القسمة هى فى إقرار الحقوق وأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فينتفع به[1] على ما يريده، وقسم هذه الأعيان يفيتها هذا المعنى فيجب منعه، ولأن طالب قسمة العبد والدابة والثوب والسطل وما أشبهه كأنه يقول: أريد أن أتلفه على شريك ملكه وأبطل عليه الانتفاع به ولا أبالى إن أدى ذلك إلى إتلاف ملكى، فلا يُمكَّن من ذلك.

فصل

إذا ثبت أن قسمة كل واحد من هذه الأعيان لا يصح بانفرادها فإذا تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياع وأراد أحدهما البيع فله ذلك فإن أجابه الآخر أن يبيع حصته معه جاز، وإن أبى أجبر على البيع معه[2]، لأن فى بيع هذا حصته عنه وحده ضرراً عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة فلا يجوز أن يقال: إن الشريك غير مختار لإخراج ملكه ولا يجبر عليه لأنه إذا تعلق بذلك حق لغيره أجبر عليه ولم يلتفت إلى اختياره كالشفعة، ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الانفراد منهما بحقه أن ينفرد به، فإن أمكن بالقسمة وإلا بالبيع لأنه لا طريق له إلا ذلك، فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع بما دفع به كان له ذلك لإزالة الضرر عنه إلا إن شاء الشريك بيع حصة مشاعة فلا يلزم بيع حصتة معه، فإن اختار أن يتقاوما رقبة المبيع، فإن زاد على صاحبه سلمه الآخر له، هذا الحكم فيما لا ينقسم آحاده.

فصل

فأما الذى ينقسم أعيانه كالعقار والرباع فما أمكن قسمه منها ولم يعد بالضرر وإتلاف حصة أحد الشركاء قسم بينهم، وما لا يمكن قسمه إلا بلحوق الضرر لجماعتهم وأن يصير لكل واحد ما لا ينتفع به فلا يجوز قسمه لأن ذلك إضرار بنفسه وشركائه، وإن كان يصير لأحد الشركاء ما ينتفع به فطالب بالقسمة وفى القسم إبطال انتفاع الباقى بحصصهم، وقد قيل إن العقار إذا كان مما ينقسم قسم على كل حال إذا دعا بعض

---

(١) انظر المدونة، الكبرى (٤/ ٢٤٧).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٧٠).

الشركاء إلى القسمة[١].

فوجه القول بأنه يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به أن القسمة هى تمييز الحقوق فمن دعا إليها كان له ذلك اعتبارًا به إذا حصل للآخر ما ينتفع به، ولأنه يقول: أريد أن أنفرد بملكى وليس على شىء من غيرى فيكون له ذلك، ووجه القول إنه لا يقسم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٢] وهذا من الإضرار، ولأن قسم رقاب العروض والحيوان إنما امتنع لهذا المعنى.

فصل

والقسمة فى الأصل على ثلاثة أوجه:

قسمة مهاياة: وهى أن يتهايأ الشريكان فيأخذ هذا دارًا يسكنها وهذا أرضًا يزرعها فيجوز ذلك بالتراضى وليست بواجبة يجبر عليها من أباها، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة للرقاب.

وقسمة بيع: وصفتها: أن يأخذ أحد الشريكين دارًا على أن يأخذ أحد الشريكين دارًا أخرى أو بستانًا أو دكانًا فهذه قسمة [جائزة][٣]، لأنها بيع ومحصولها أن أحدهما باع حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى.

والثالث: قسمة قيمة وتعديل: وذلك إذا كانت الدار مختلفة البناء، والبستان مختلف الغراس يختلف قيمة كل شىء منه من نخل وشجر وبسط فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم، وصفة ذلك تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان فى سهامها كسر إلى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة فربما كانت جريب من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع [آخر][٤] على حسب اختلاف قيم الأرض فى مواضعها، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه[٥].

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٤٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) (زائدة).

(٤) ثبت فى (أ) (فى حكم آخر).

(٥) المدونة الكبرى (٤/ ٢٤٢).

ووجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر: فإن تراضوا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللباقين من الطرف الآخر جاز، وإن تشاحوا ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له بسهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأى الجهات يبدأ فى الإسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتهما خرج سهمها أسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه.

وصفة القرعة: أن يكتب أسماء الشركاء فى رقاع وتجعل فى طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة فى جهة فمن حصل اسمه فى جهة أخذ حقه متصلاً فى تلك الجهة، وقيل: تكتب الأسماء وتكتب الجهات [ثم يخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات][1] فيعطى من خرج اسمه نصيبه من تلك الجهة.

فصل

إذا أراد الشريك قسمة دور أو دكاكين أو ضياع: فطلب بعضهم القسم له بحقه فى كل دار أو دكان، وطلب الباقون القسمة على العدد نظر: فإن كانت المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متصلة أو متقاربة ورغبة الناس فيها غير متباعدة قسمت على العدد، وإن كانت المنافع مختلفة والمواضع متصلة [والمنافع متساوية والمواضع][2] متباعدة قسمت كل دار على حدة[3]، وقال أبو حنيفة[4] والشافعى: يقسم فى الوجهين كل دار على حدتها[5].

ودليلنا أن القسمة بالعدد أنفع للفريقين وأبعد على الغرر وأعود بالصلاح لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقلَّ الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد دار كاملة كمل انتفاعهم بها فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار إيثاراً للإضرار بنفسه وبالشريك فلا يترك وذلك، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لا يمكن فيها إلا قسمة كل عين، فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيح والنضح والدار للسكنى

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) المدونة الكبرى (٤/ ٢٤٢).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٩٩)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٧٣).

(٥) انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٣٠٨)، روضة الطالبين (١١/ ٢١١).

والأرض للزرع فإن كل ملك يقسم على حدة لاختلاف الأغراض فيه ولحوق الضرر بقسمتها على العدد، وكذلك اختلاف المواضع قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع.

فصل

الحمام والرحى وكل ما لا يحتمل القسم إلا أنه إذا قسم بطل الانتفاع به من ذلك الوجه وإن كان ينتفع به لغيره ففى قسمه روايتان[1].

فإذا قلنا: يقسم فإن الانتفاع يحصل بقسمه ما أشبه سائر العقار، وإذا قلنا لا يقسم لأن فى قسمه إبطال المنفعة المقصودة منه وإتلافها وذلك ضرر فلم يجز.

فصل

أجرة القسام على الرءوس دون الأنصباء[2]، خلافًا للشافعى فى قوله: إنها على الأنصباء، لأن اختلاف المقادير لا توجب زيادة فى فعل القاسم بزيادة السهم بل التعب فيه واحد بل ربما تعب بتميز السهم القليل وإفراده أكثر مما يتعب بتميز الكثير، يبين ذلك أن الدار تكون فيها ثلثان وثمن فيحتاج إلى قسمتها أثمانًا ولو كانت نصفين لكان أسهل عليه، والأجرة تستحق على حسب العمل فى الكثرة والقلة فإذا كان اختلاف مقادير الأنصباء يؤثر فى زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر فى القليل مثل تأثيره فى الكثير أو أكثر وجب إطراح هذا الاعتبار وأن يكون معتبراً بعدد الرءوس.

فصل

وإنما قلنا يقسم على أقل السهام لأن صاحب السهم القليل يحتاج إلى إفراد حقه فلو لم يقسم على أقل السهام لم يصل إلى غرضه، وليس فى ذلك إضرار بصاحب السهم الكبير لأنه يستوفى حقه متصلاً ولا يحتاج معه إلى استئناف قسمة لصاحب السهم القليل.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٧٢).

(٢) قال النووى: (تلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب وقيل قولان: ثانيهما على عدد الرءوس) روضة الطالبين (١١/ ٢٠٢)، المهذب للشيرازى (٢/ ٣٠٦).

فصل

وإذا اشترك جماعة فى سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسمًا واحدا ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا، لأن القسم على قدر أهل السهام وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد فإذا انفردوا بسهمهم صار لهم حكم أنفسهم ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهمهم لا يدخل عليها أهل سهم آخر.

باب اللقيط [١]

لا يتبع الصبى أمه فى الإسلام خلافًا لابن وهب، وإليه ذهب أبو حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لأنه يتبع فى الذمة أباه دون أمه فكذلك فى الإسلام، ولأن كل من لا يتبعها فى عقد الذمة لم يتبعها فى عقد الإسلام كالجد والعم.

فصل

والصغير مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه خلافًا لأبى حنيفة[٤]، لأنه غير مكلف كالمجنون، ولأن كل من يتبع غيره فى الإسلام لم يصح إسلامه بنفسه كالذى يقصر عن التمييز.

فصل

ومن التقط لقيطًا فأنفق عليه فهو متطوع، وإن أراد أن ينفق عليه ويتبعه به فليس ذلك له إما أنفق عليه محتسبًا وإما تركه، وإنما قلنا ذلك لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانته فليس له أن يجعل عليه دينًا، وسواء استأذن الإمام فى أن ينفق عليه أم لم يستأذنه، خلافًا لمن يقول: إنه يتبعه إذا استأذن الإمام لأنه ليس للحاكم أن يلزم ذمم الصغار ديونًا يتبعون بها مع الغنى عنها، لأن النفقة على أمثال هؤلاء يكون على وجه الحسبة.

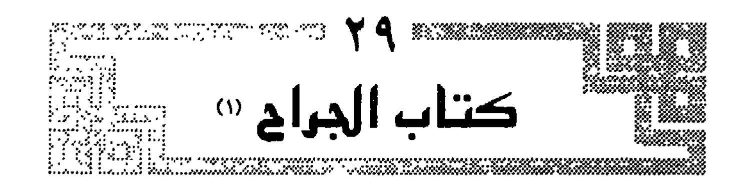
فصل

وميراث المنبوذ[٥] لبيت المال، لأنه مسلم لا وارث له وليس للملتقطه شىء من ميراثه، لأن الميراث لا يكون إلا بنسب أو ولاء أو نكاح وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه، والله أعلم وأحكم.

---

(١) اللقيط: هو صغير آدمى لم يعلم أبواه ولا رقه. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٦٥).
(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٤٦٣).
(٣) روضة الطالبين (١٠/ ٧٧)، المهذب للشيرازى (٢/ ٢٢٣).
(٤) انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٤٦٣).
(٥) أى: اللقيط.

بسم الله الرحمن الرحيم



٢٩ كتاب الجراح [١]

الأصل فى القصاص قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى...﴾ إلى قوله: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾ [البقرة: ١٧٨ ـ ١٧٩] وقوله: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله ﷺ: «العمد قود كله إلا أن يعفو ولى المقتول»[٢] وقوله: «من قتل له قتيل فأهله بخير النظرين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية»[٣]، فإذا ثبت ما ذكرناه فلا يجب القصاص إلا بأحد ثلاثة أوجه: إما ببينة، أو بإقرار، أو بقسامة، وبيان ذلك يأتى فيما بعد إن شاء الله.

(١) الجراح فى اللغة: الجراح جمع جراحة والاسم الجُرح ورجل وامرأة جريح وجَرحى وجرح كسمع أصابته جراحة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٢١٧، ٢١٨).
وفى الاصطلاح: عرفها الرصاع بقوله: الجرح هو تأثير الجناية فى الجسم. انظر الرصاع شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٢٠).

(٢) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٢) ح (٤٥٤٠)، والنسائى فى القسامة (٨/ ٣٥) باب (من قتل بحجر أو سوط) وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨٠) ح (٢٦٣٠)، والدارقطنى فى سننه (٣/ ٩٣) ح (٤١). انظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٣٢٧).

(٣) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢١٣) ح (٦٨٨٠)، ومسلم فى الحج (٢/ ٩٨٨) ح (٤٤٧/ ١٣٥٥).

باب

الاعتبار فى وجوب القصاص تكافؤ الدماء، فإذا قتل شخص شخصًا ودماؤهما متكافئة جاز أن يجرى بينهما القصاص، وإن كان أحدهما ناقصًا عن الآخر كان القصاص للأعلى منهما على الأدنى ولم يكن للأدنى على الأعلى، والتكافؤ معتبر بالمساواة فى الدين والحرمة الراجعة إلى الحرية: فلا يقتل مسلم قصاصًا بكافر ولا ذمى ولا معاهد ولا كتابى ولا وثنى سواء كان المسلم القاتل حرًا أو عبدًا[1]، ولا يقتل حر بعبد لا بعبد نفسه ولا بعبد غيره ولا بمدبر ولا بمكاتب ولا أم ولد ولا من فيه بقية رق، فإن قتل الكافر مسلمًا أو العبد حرًا قتل به، ويقتل اليهودى بالنصرانى والنصرانى باليهودى، والكفر فى ذلك ملة واحدة، ودماء بعضهم مكافئة لدم بعض.

وإذا قتل ذمى ذميًا ثم أسلم القاتل لم يسقط عنه القود، وكذلك العبد إذا أعتق وقد قتل عبدًا[2]، وإذا جرح الكافر مسلمًا أو قطع طرفه لم يقتص منه وكانت له الدية عليه، وقد قال: يجتهد السلطان فى ذلك. ويحتمل على هذه الرواية القود، وإذا جرح العبد حرًا أو قطع يده لم يستقد منه، ويحتمل على ما قدمناه أن يقاد منه وهو الصحيح.

ودم المرأة مكافئ لدم الرجل وإن تفاضلا فى الديات، وجرحها مكافئ لجرحه فيقتص للرجل من المرأة وللمرأة من الرجل فى النفس وما دونها من الأطراف والجراح، ويقتل الرجل بالمرأة وبجماعة النساء وتقتل المرأة بالرجل وبجماعة الرجال، ولا يجب أخذ شىء من الدية ولا ردها.

ودماء العبيد متكافئة وتقتل منهم الجماعة بالواحد والواحد بالجماعة، والقصاص جار بين الأقارب كجريه بين الأجانب يقتص للأخ من أخيه، ولابن الأخ من عمه وللعم من ابن أخيه، وكذلك الأقرباء سوى الأب فإنه إن قتل ابنه حذفًا فادعى أنه أراد أدبه وأشبه أن يكون كما أدعاه فلا قود عليه وتلزمه الدية مغلظة فى ماله، وأما إن أضجعه فذبحه أو شق جوفه أو فعل به فعلاً يعلم أنه عمد به قتله به فإن عليه القود له إذا تكافأت

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/ ١٠٩٦).

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الكافى وقال: والعتق مردود لأن سيد المقتول قد ملك العبد القاتل إن لم يفتكه سيده. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٩٧).

دماؤهما، ولو قال فى الحرب أو ما يقبل معه ادعاؤه إرادة غير العمد: أنى تعمدت به قتله قتل به، وحكم الأم والجد فى ذلك بحكم الأب، وقال أشهب: لا يقتل أب بابن وعليه الدية، ومن تعمد قتل امرأته أوجرحها اقتص لها منه.

فصل

وإنما قلنا: إن تكافؤ الدماء معتبرة فى القصاص لقوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»[١]، ولإجماعهم على منع قتل المسلم بالمعاهد والمستأمن، وللاتفاق على وجوب اعتبار ذلك[٢].

فصل

وإنما منعنا قتل المسلم بالكافر، خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»[٤] فدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ، وقوله: «وهم يد على من سواهم»، وقوله: «لا يقتل مسلم بكافر»[٥] وهذا نص، ولأنه ناقص بالكفر كالحربى والمستأمن، وإنما قلنا لا يقتل حر بعبد خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يقتل بعبد غيره[٦]، ولداود فى قوله: إنه يقتل بعبد نفسه وعبد غيره[٧]، لقوله ﷺ: «لا يقتل حر بعبد»[٨]، ولأنه

(١) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٨١) ح (٢٧٥١) وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٩٥) ح (٢٦٨٥) وأحمد فى المسند (٢/ ٢٨٢) ح (٦٩٨٦).

(٢) انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٣٤).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار، وقال: المراد بقوله ﷺ لا يقتل مسلم بكافر» الحربى لأن الكافر متى أطلق ينصرف إلى الحربى عادة وعرفًا. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٧٩). انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥٠٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٧٢) ح (٦٩١٥)، والترمذى فى الديات (٤/ ٢٤ ـ ٢٥) ح (١٤١٢) وقال: حديث حسن صحيح، والنسائى فى القسامة (٨/ ٢١-٢٢) (باب: سقوط القود من المسلم للكافر)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨٧) ح (٢٦٥٨).

(٦) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، انظر الهداية (٣,٤/ ٥٠٤). انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٣٨)، وهو قول قتادة والثورى وسعيد بن المسيب والنخعى. انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٤٨, ٣٤٩).

(٧) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة، وقال: وهو قول النخعى أيضًا. انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٤٩).

(٨) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ١٣٣) ح (١٥٨) والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٦٣) ح (١٥٩٣٩) =

ناقص بالرق، ودليله إذا كان مملوكًا لقاتله، ولأنه نوع من القصاص فلم يستحقه العبد على الحر كالأطراف.

وإنما سوينا بين العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد لبقاء أحكام الرق فيهم، وذلك يمنع تساوى الحرم، ولأن أحكام الرق أغلب عليهم بدليل نقصان طلاقهم وحدودهم ومنعت شهادتهم فكذلك فى نفى القصاص.

وإنما قلنا: إن الكافر يقتل بالمسلم والعبد بالحر لأن دم الأعلى يكافئ دم الناقص ويزيد عليه فإذا قتل الناقص بالأعلى فلم يؤخذ منه زيادة على ما كان يلزمه به وإنما قلنا إن سائر أنواع الكفار يقاد لبعضهم من بعض فلتساويهم فى النفس بالكفر كأنواع العبيد فى تساويهم فى النقص بالرق.

فصل

وإنما قلنا: إن إسلام الذمى لا يسقط عنه القود خلافًا للأوزاعى[1]، وكذلك العبد إذا قتل عبدًا ثم أعتق القاتل لأنه حق لأدمى طريقه الحد كسائر الحقوق، ولأن الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها، ووجه القول بأن المسلم لا يقتص من الكافر والحر لا يقتص من العبد فى الجراح أن العضو الذى يقطعه ليس بمكافئ لأعضاء المسلم والحر فكان كَيَدِ الأشل إنها لا تقطع بيد الصحيح، ووجه ثبوت القصاص اعتباره بالنفس.

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجرى القصاص بينهما لقوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾ [المائدة:٤٥]، وقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاثة أشياء... فذكر: أو قتل نفس بغير نفس»[2]، ولأنهما شخصان متساويان فى الحرمة والدين كالرجلين والمرأتين.

= وقال: فى هذا الإسناد ضعيف، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فيه جويبر وغيره من المتروكين، انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٠).

(١) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. وقال: وهو وجه عند أصحاب الإمام أحمد، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٤٢).

(٢) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٠٩) ح (٦٨٧٨) ومسلم فى القسامة (٣/ ١٣٠٢) ح (٢٥/ ١٦٧٦).

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يزاد بينهما فى الدية، خلافًا لقول من يقول: إن الرجل إذا قتل المرأة رد أولياء المرأة نصف دية الرجل[١] لأنه شخص يجب له القصاص على شخص فالتفاضل فى الديات لا معتبر به كالجماعة بالواحد، وإنما قلنا: إن القصاص جار بينهما فى الأطراف وما دون النفس خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن يد الرجل لا تقطع بيد المرأة ولا يد المرأة بيد الرجل[٢]، لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥]، ولأنه نوع من القصاص كالقتل، ولأن كل شخصين جرى القصاص بينهما فى النفس فكذلك فيما دونه كالرجلين والمرأتين، وإنما قلنا: إن الجماعة تقتل بالواحدة، خلافًا لداود فى قوله: لا قصاص فى ذلك[٣]، لقوله ﷺ: «العمد قود كله»[٤]، وقوله: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا»[٥] فعم، ولأنه إجماع الصحابة وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قتل سبعة بواحد وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به[٦]، وعن على أنه قتل ثلاثة بواحد[٧]، وعن ابن عباس أنه قال: تقتل مائة بواحد[٨]، ولا مخالف لهم[٩]، ولأن كل حد وجب للإنسان على غيره إذا انفرد بموجب فإنه يجب عليه إن شارك فيه، أصله: حد القذف.

---

(١) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة وقال: روى ذلك عن على رضى الله عنه وهو رواية عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن وعطاء، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٧٧).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٨٣)، انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥١٠).

(٣) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة وقال: وهو رواية عن أحمد وهو قول الزبير والزهرى، وابن سيرين وحبيب بن أبى ثابت وعبد الملك وربيعة وابن المنذر، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٦٦، ٣٦٧)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٦٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٣٦) ح (٦٨٩٦)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٧١) ح (١٣).

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٧٤) ح (١٥٩٧٦).

(٨) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٩/ ٤٧٩).

(٩) كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة ثم قال: ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٦٧).

وإنما قلنا يقطع أطراف الجماعة بطرف الواحد إذا اشتركوا فى قطعه خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأنها جناية لو انفرد بها الواحد لزمه القصاص فإذا اشترك فيها الجماعة لزمهم القصاص كالقتل، وإنما قلنا: إن القصاص جارٍ بين الأقارب فلأن القربى لا تمنع تكافؤ الدماء، وهو العلم على وجوب القصاص، وإنما قلنا: إن الأب إذا تعمد قتل ابنه قتل به لعموم الظواهر، ولأنهما شخصان متكافئان فى الحرمة والدين فكان القصاص جارٍ بينهما كالأجانب، وإنما قلنا: إنه إذا ادعى أنه أراد أدبه ولم يرد قتله فإنه يقبل منه إذا أشبه لأن العادة جارية بتبسط الآباء على الأبناء وطلب تأديبهم وربما تبسطوا عليهم بالسيف على عادة العرب فى شدة الحمية مع كونهم غير متهمين عليهم، فإذا جاء من ذلك قتل علم أنه ليس من سببهم، وفى حديث عمر فى الذى دفع إليه وقد قتل ابنه فهمَّ بقتله فقيل له: إنه لم يرد قتله وإنه كان من أعز الناس عليه وإنما أراد أدبه فقال: لو أعلم أراد قتله لقتلته به ثم ألزمه الدية[٢]، وأجرينا الجد مجرى الأب لحرمة الأبوة وانتفاء التهمة.

فصل

إذا ثبت أنه لا قود عليه فعليه الدية مغلظة فى ماله، وصفة التغليظ مذكورة فى باب الديات، وإنما قلنا: إن الزوج يقتل بزوجته لعموم الظواهر، والأخبار، ووجوب التكافؤ وانتفاء الشبهة كالأجانب.

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ٨٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣,٤/ ٥١٣).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٦٧) ح (١٠)، وأحمد فى المسند (١/ ٦١) ح (٣٥٠)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٦٩) ح (١٥٩٦٣)، والدارقطنى فى سننه (٤/ ٩٥) ح (٨٣).

باب

القتل نوعان عمد وخطأ، وقد اختلف عنه في نوع ثالث وهو شبه العمد فعنه فيه روايتان: إحداهما: إثباته، والأخرى: نفيه، ووجه إثباته وهو قول أبي حنيفة[١] والشافعي[٢]، لقوله ﷺ: «ألا إن قتيل العمد الخطأ قتيل السوط والعصى ففيه مائة من الإبل أربعون منها خلفة»[٣] فأثبت شبه العمد، ولأن شبه العمد ما قد أخذ شبهًا من العمد وشبهًا من الخطأ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فشبهه بالعمد قصده إلى الضرب بما لا يقتل مثله غالبًا وشبهه بالخطأ أنه لم يقصد القتل، فوجب أن يكون له حكم بين الحكمين، ووجه نفيه قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً﴾ [النساء:٩٢]، وقوله: ﴿ومن يقتل مؤمنًا متعمدًا﴾ [النساء:٩٣] فذكر الخطأ والعمد المحضين ولم يذكر ثالثًا، ولأن العمد معنى معقول وهو قصد الفاعل إلى الفعل والخطأ معنى معقول وهو ما يكون عن غير قصد، ووجه الفعل الواحد بالوصفين يمتنع فلم يجز إثباته.

اختلف عن مالك في مستحق القتل فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه القود فقط ولا تجب الدية إلا بالتراضي، والأخرى أن المستحق بالتخيير بين القود والدية[٤]، والأولى مذهب أبي حنيفة[٥]، والثانية مذهب الشافعي[٦]، فوجه الأولى قوله ﷺ: «العمد قود

---

(١) ذكره الشيخ المرغيناني في الهداية، وقال: وشبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح. انظر الهداية (٣، ٤/٢/٥٠٢)، انظر الاختيار للموصلي (٤/٧٥).

(٢) انظر روضة الطالبين للنووي (٩/١٢٣)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٤).

(٣) أخرجه أبو داود في الديات (٤/١٩٤) ح (٤٥٨٨)، والنسائي في القسامة (٨/٣٦) باب.(كم دية شبه العمد؟ وذكر الاختلاف على أيوب في حديث القاسم بن ربيعة فيه)، وابن ماجه في الديات (٢/٨٧٧) ح (٢٦٢٧)، وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/٢٧) ح (٤).

(٤) أي جبرًا وهو قول أشهب، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٠)، انظر بلغة السالك (٢/٣٥٤).

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني، انظر الهداية للمرغيناني (٣,٤/١/٥٠١)، انظر الاختيار للموصلي (٤/٧٤).

(٦) انظر روضة الطالبين (٩/١٢٢)، وقال الشيخ الماوردي: قتل العمد موجب للقود ولولي المقتول أن يعفو عنه إلى الدية ولا يفتقر إلى مراضاة القاتل، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٢/٩٥).

كله»[١]، وقوله: «كتاب الله القصاص»[٢]، ولأنه معنى موجب للقتل فلم يستحق به التخيير بينه وبين المال، أصله: الزنا مع الإحصان.

ووجه الثانية قوله ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية»[٣]، ولأنه قود سقط بالعفو فوجب أن تثبت الدية فيه، أصله: إذا عفا بعض الأولياء، ولأن للنفس بدلين القود والدية فلا يستحق على ولى الدم الاقتصار على أحدهما، كما لو قتل له عبد لكان مخيرًا إن شاء قتل له قاتله إذا كان ممن يقتل به، وإن شاء استرقه.

فصل

فأما الخطأ المحض فالواجب به الدية لا خلاف[٤]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿**ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله**﴾ [النساء:٩٢] وأما شبه العمد إذا أثبتناه وهو قتل الأب لابنه على وجه الشبهة فالواجب به دية مغلظة ويأتى ذلك فيما بعد.

فصل

كل آلة يقتل بها غالبًا فالقود واجب بها كالمحدد والمثقل مثل: الرمح والسيف وسائر أنواع السلاح، والمثقل كالحجارة والصخر والخشب والسندان الحديد وما أشبه ذلك، وما يقتل فزعه كالنار والماء وكذلك صفات القتل من الذبح والشدخ والخنق وإصابة المقتل وشدة الضغط وإمساك النفس وعصر الأنثيين وغير ذلك مما يعلم أن عامده قصد به القتل، كل ذلك واجب به القود، والأصل فى هذه الجملة قوله تعالى: ﴿**كتب عليكم القصاص فى القتلى**﴾ [البقرة:٢٧٨]، وقوله: ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾ [البقرة:١٩٤]، وقوله ﷺ: «العمد قود كله»[٥]، وقوله: «إن شاءوا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى التفسير (٢٦/٨) ح (٤٥٠٠) ومسلم فى القسامة (١٣٠٢/٣) ح (١٦٧٥/٢٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٣٣٩/٩).

(٥) تقدم تخريجه.

قتلوا»[١]، ولأنه لا خلاف فى وجوب القود بقتل السيف، وكذلك سائر الآلات[٢].

فصل

ويقاد من المثقل خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لما روى أن يهوديًا رضخ رأس امرأة من الأنصار فأدركت وبها رمق فذكر لها اليهودى فأشارت أن نعم فاعترف فأمر النبى ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين[٤]، ولأنها آلة يقصد بها القتل غالبًا كالمحدد.

فصل

لا قود على الصبيان ولا على المجانين، لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث. . .» فذكر: «الصبى حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق»[٥]، ولا خلاف فى ذلك، وإن قتلوا خطأ على وجه يعلم ذلك منهم فالدية على عواقلهم، فأما إن تعمدوا فعمدهم عندنا خطأ، خلافًا للشافعى فى أحد قوليه: إن عمدهم عمد[٦]، وفائدة ذلك القول بأن عمدهم عمد تجب الدية فى أموالهم، فإذا قيل: إن عمدهم خطأ تجب على عواقلهم، ودليلنا أن عمدهم خطأ قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث. . .»[٧]، ولأن قصد الصبى لا حكم له فكان كخطأ البالغ.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من عمد فضرب رجلاً بحديد محدد مثل السيف والخنجر والسكين وسنان الرمح وما أشبه ذلك مما يشق بحده فمات المضروب من ضربه أن عليه القود. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٤)، انظر الإشراف (٣/ ٧١)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٢١).

(٣) ذكره الشيخ الكاسانى وقال: وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وخالفه فى ذلك أبو يوسف ومحمد فقالا: هو عمد. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٣٣)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٧٥). وقال الشعبى والنخعى والحسن البصرى: لا قود إلا بحديد، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٤٦٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢١٣) ح (٦٨٧٩)، ومسلم فى القسامة (٣/ ١٢٩٩) ح (١٥/ ١٦٧٢).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر الأم (٦/ ٢٥)، وقال الإمام النووى: وهو أظهر قولى الشافعى. انظر روضة الطالبين (٩/ ١٣٦)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٢/ ٣٣).

(٧) تقدم تخريجه.

فصل

إذا اشترك فى القتل من يجب عليه القود ومن لا قود عليه: كالعامد والمخطئ، والبالغ والصغير، والعاقل والمجنون: قتل من يلزمه القود وكان على الآخر بقسطه من الدية، وقال أبو حنيفة[١] والشافعى: لا قود على العامد فى ذلك[٢]، ودليلنا قوله: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا»[٣]، وقوله «العمد قود كله»[٤]، ولأنه قاتل عمد كالمنفرد، ولأن الاشتراك فى القتل لا يغير الجنس الواجب فى الانفراد، أصله: الاشتراك فى العمد أو الخطأ.

فصل

وإنما قلنا: إن على الباقين نصف الدية اعتباراً بهم لو انفردوا.

فصل

ومن أمسك رجلاً لغيره فقتله وهو يعلم أنه يريد قتله ظلمًا فعليهما القود، خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى فى قولهم: لا قتل على المسك[٦]، لأنه أمسكه لمن يعلم أنه قاتله ظلمًا بغير حق فأشبه إذا أمسكه على سبع حتى أكله أو على نار حتى احترق.

يقاد من السكران لأنه غير معذور بزوال عقله، ولأن لأحكامه أحكام الصاحى فى

(١) ذكره الشيخ الكاسانى، وقال: لو اشترك اثنان فى قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد والآخر لا يجب عليه لو انفرد كالصبى مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطىء مع العامد والأب مع الأجنبى والمولى مع الأجنبى لا قصاص عليهما عندنا، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٨٠).

(٢) انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٢٤)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٢٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال الشيخ الكاسانى: يشترط فى القتل أن يكون مباشرة فإن كان تسببيًا لا يجب القصاص، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٣٩).

(٦) ذكره الإمام النووى، وقال: لو أمسكه فقتله آخر فالقصاص على القاتل دون الممسك ولو أمسكه وحدّفه لوثبة سبع ضارٍ فافترسه فالقصاص على الممسك لأن الحيوان الضارى يقتل بطبعه عند التمكن وكأنه آلة لصاحب السبب، انظر روضة الطالبين (٩/ ١٣٤)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٤٦٣).

وقوع طلاقه، ولزوم قضاء الصلاة له، وحده فى الزنا والقذف فكذلك القود.

فصل

ومن أكره غيره على قتل رجل ظلمًا: فإن كان المأمور ممن يمكنه مخالفة الآمر ولا تلزمه طاعته قتل المأمور المباشر للقتل، وإن كان مكرهًا لا يمكنه مخالفته كالسلطان الذى يخاف من يخالفه أن يقتله أو يجرى عليه مكروه لمخالفته قتلا جميعًا وكذلك العبد مع سيده ودليلنا على وجوب قتل [المباشر أنه قاتل لغيره ظلمًا فوجب أن يقاد به [.....][1]، أصله: غير المكره، ودليلنا على وجوب قتل][2] المكره إذا كانت تلزمه طاعته إذا اضطره إلى قتل غيره ظلمًا وأنه ألجأ إلى قتله فوجب أن يتعلق الحكم بالقتل كالشاهدين زورًا بالقتل، ودليلنا على وجوب قتل المباشر إذا كان لا يمكنه المخالفة أنه قتله لاستبقاء نفسه منه ظلمًا فأشبه إذا جاع فقتله وأكله، ودليلنا على أن الآمر إذا كان ممن لا يلزم المأمور طاعته ولا قود عليه أنه لم يكن منه إلجاؤه إلى قتله كالدال.

اختلف عنه فى النساء هل لهن مدخل فى الدم أو لا، فعنه فيه روايتان[3]: إحداهما أن لهن مدخلاً فيه كالرجال، والأخرى: أنه لا مدخل لهن إذا لم يكن فى درجتهن عصبة، فوجه الأولى: قوله ﷺ: «ومن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الديه»[4] فعم، وقوله «يحلف خمسون منكم»[5]،ولأن القصاص لمستحق على استحقاق الميراث فوجب أن يثبت بتجميع الورثة كسائر الحقوق، واعتباراً بالرجال، ووجه الثانية: أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة ولسن من أهلها فلم يكن لهن مدخل فى الولاية المستحقة، وإذا قلنا: إن لهن مدخلاً فى ذلك ففى أى شىء لهن مدخل روايتان: إحداهما: فى القود دون العفو لأن العفو إسقاط الحق وليس لهن ذلك، والأخرى فى العفو دون القود.

---

(١) طمس فى جميع الأصول.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٠١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٣٩) ح (٦٨٩٨)، ومسلم فى القسامة (٣/ ١٢٩١) ح (١٦٦٩/١).

فصل

إذا كان بعض العصبة أصاغر وبعضهم أكابر فإن ولاية الدم للأكابر العقلاء إن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا عفوا، خلافًا للشافعى[1]، لأنها ولاية مستحقة بالتعصيب فلا مدخل للصغير والمجنون فيها، أصله: ولاية النكاح، ولا يلزم عليه الغائب لأن الغيبة لا تقطع ولايته.

فصل

لا يستقاد من جرح ولا يعقل إلا بعد اندماله خلافًا للشافعى فى قوله: يستقاد فى الحال منه[2] لما روى أنه ﷺ: نهى عن الجرح ليستقاد منه حتى يندمل[3]، ولأنه قد يؤول إلى النفس فيعاد القود ثانية وذلك خروج عن المماثلة، ولأن المقتص منه يموت قبل الجانى، وربما تلف وبرأ الجانى فيكون فى ذلك تلفًا للقصاص وذلك غير جائز.

فصل

ومن قتل فى الحرم أو الحل ثم يلجأ إلى الحرم قتل فيه ولم يؤخر إلى الحل، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يقتل فى الحرم إذا لجأ إليه ولكن يضجر ويلجأ إلى الخروج منه[4]، لقوله ﷺ: «إن شاءوا قتلوا»[5] ولم يفرق، ولأن كل موضع جاز استيفاء القصاص فيه إذا كانت الجناية فيه جاز استيفاؤه فيه وإن وجبت فى غيره كالحل، ولأنه

---

(١) قال الإمام الشافعى فى الأم: وإذا كان فى ورثة المقتول صغار أو غيب لم يكن إلى القصاص سبيل حتى يحضر الغيب ويبلغ القصر، انظر الأم (٦/ ١١)، وقال الإمام النووى: لو كان فى الورثة غائب أو صبى أو مجنون انتظر حضور الغائب أو إذنه وبلوغ الصبى وإفاقة المجنون وليس للآخرين الانفراد بالاستيفاء، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢١٤).

(٢) ولكن عند الشافعى يستحب ألا يستوفى إلا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية إلى النفس، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ١٨٥)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٢٤).

(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٢/ ٢٩١) ح (٧٠٥٢)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ١١٨) ح (١٦١١٥)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٣٧٦-٣٧٧).

(٤) الذى وجدته عند الأحناف أن الحربى إذا التجأ إلى الحرم لا يباح قتله ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم. والقاتل يكون أولى بهذا الحكم، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ١١٤).

(٥) تقدم تخريجه.

قصاص لو وجد سببه فى الحرم جاز استيفاؤه فيه فإذا وجد فى الحل جاز استيفاؤه فى الحرم كالأطراف.

فصل

إذا جرح رجلاً ثم قتله أو قتل غيره قتل ولم يجرح إلا أن يكون مثل به فإنه يفعل به مثل ما فعله ثم يقتل، وقال أبو حنيفة[1] والشافعى يجرح ثم يقتل[2]، ودليلنا أن ما دون النفس يدخل فى النفس لأن القتل يأتى عليه لأن الغرض بالقصاص: إما أن يكون التشفى أو إبطال العضو الذى أتلفه على المجروح وأى ذلك كان فحصوله بالقتل أبلغ، فأما إذا مثل به فإنه يمثل به ثم يقتل، لأن التمثيل مقصود بالقصاص منه ليقع الارتداع عن مثله فلا يدخل فى القتل كما لم يدخل فيه الجرح الذى لم يقصد به التمثيل، كما يقول: إن من وجب عليه جلد وقتل فإنه يقتل ولا يجلد إلا أن يكون الجلد وجب للفرية بالجلد حينئذ زوال المعرة عن المقذوف وذلك لا يكون إلا بجلد القاذف.

فصل

السراية عن القصاص غير مضمونة خلافًا لأبى حنيفة[3]، لأنه قطع استحق عليه بسبب كان منه فلم يضمن كالقطع فى السرقة.

فصل

إذا جرح فترامى الجرح إلى زيادة عليه ثم اندمل فإن كان عمدًا اقتص منه لجرحه الأول ثم ينظر به فإن بلغ إلى حيث بلغ جرح المجنى عليه فقد استوفى حقه، وإن زاد عليه يضمن الزيادة، فإن نقص لم يقتص منه [ثانية][4] ولكن يعقل له ما بينهما، وإنما قلنا: لا يقتص منه فيما ترامى إليه لأن ذلك غير متعمد والقصاص لا يكون إلا فى

(١) ذكره الشيخ المرغينانى، وقال: والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن، انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥١٤)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٨٦).

(٢) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (١٢/ ١٢٢)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٢٠).

(٣) ذكره الشيخ الكاسانى، وقال: إذا قطع يد رجل عمدًا حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد: لا شيء عليه. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٠٥)، وقال شيخ الإسلام السرخسى فى مبسوطه بوجوب الدية على عاقلة المقتص له. انظر المبسوط (٢٦/ ١٤٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

العمد، وإنما قلنا: إن الزيادة هدر لما قدمناه من أنها زيادة علـى قود مستحق عليه، وإنما قلنا: إن قصر عن جرح المجنى عليه لم يقد منه ثانية لأنـه لا يستحق عليه قود فيما زاد على الجرح المباشر، وإنما قلنا: يعقل له ما بينهما لأنه نقص عن جناية لا قود فيه [فكان فيه الدية][١] كالخطأ.

فصل

وأول الجراح الدامـية وهى التى تدمى الجلد، ثم الخـارصة[٢] وهى التى تشـقه، ثم السمحـاق وهى التى تكشطه، ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم، ثم المتـلاحمة وهى التى تقطع اللحم فى عدة مواضع، ثم الملطاءة وهى التى يبقى بينها وبين انكشاف العظم جلد رقيق[٣]، ثم الموضحـة وكل ما ذكرناه قـبلها، فإن كـان عمداً ففـيه القود لعـموم الظواهر، ولأن القصـاص ممكن فيه من غـير خوف غالـب على النفس، وإن كان خطأ ففيه الاجتهاد وليس فيه دية مسماة، فأما الموضحة التى توضح عن العظم فإن كانت فى الرأس أو الوجه ففيها نصف عشر الدية، وإن كانـت فى سائر الجسد ففيها حكومة وفى عمدها الـقود أين كانت، ثم الهاشـمة وهى التى تهشم العظم ولا دية فيـها، ثم المنقلة وهى التى تطير فراش العظم منها مع الدواء وفيها عشر ونصف عشر الدية إذا كانت فى الوجه أو الرأس فإن كان فى سائر الجسد فالاجتهاد، ثم المأمومة وهى التى تخرج إلى أم الدماغ وفيها ثلث الدية[٤]، وكذلك فى الجائفة وهى التى تصل إلى الجوف.

فصل

الجراح على ضربين: ضرب يتأتى المماثلة فيه، وضـرب لا يتأتى فيه، فما تتأتى فيه نوعان: منه مـا لا يعظم الخطر والخوف منه عـلى النفس غالبًا فالقـصاص فـيه واجب وذلك كالـدامية ومـا بعدها إلى الموضـحة وقطع الأطراف ونـزع العين وغيـر ذلك من

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال الفيـروزآبادى: الحَارِصَةُ بالحاء الشَّجَّةُ تشق الجلد قليلاً. انظر القـاموس المحيط (٢/ ٢٩٧)، وقال الشيخ ابن عرفـة الدسوقى: حارصة بحاء مهملـة فألف فراء فصاد مهملتـين. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٥١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٣).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٥١).

(٤) ذكره ابن عبد البـر وقال: ويقال لها آمة. انظر الكافى لابن عبد البـر (٢/ ١١١٤)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٥٢).

الأعضاء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥] وقوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن﴾ [المائدة:٤٥]، ومنه ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه فهذا لا قصاص فيه؛ لأن القصاص لو ثبت فيه لكان كالأخذ للنفس فى مقابلة الجرح وذلك غير جائز، وقد اختلف فى بعضها ونحن نبينه.

فصل

أما المأمومة والموضحة والجائفة فلا أعلم خلافًا من قول مالك [ألا][1] قود فيها[2]، ويدل عليه حديث العباس عن النبى ﷺ أنه قال: «ليس فى المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة قود»[3] وهذا نص، ولأن الخطر فيها يعظم على النفس فيكون متى اقتصصنا منها قد أخذنا النفس بما دونها.

فصل

وأما المنقلة ففيها روايتان: إحداهما: وجوب القود، والأخرى: سقوطه[4]، فوجه السقوط أن أمرها أخف من المأمومة لأن أكثر ما فيها رض العظم الذى كشفت عنه الموضحة وذلك لا يوجب التلف غالبًا، وذكر مالك عن ربيعة أن ابن الزبير أقاد منها[5]، ووجه نفى القود الخبر الذى رويناه واعتبارًا بالمأمومة لعلة عظم الخطر فيها.

فصل

كسر الفخذ لا قود فيه من المتالف، فأما غير الفخذ ففيه روايتان[6]، وكل ذلك مبنى

(١) فى (أ) أن.

(٢) انظر المدونة (٤/٤٣٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٥٢)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٠٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه فى الديات (٢/٨٨١) ح (٢٦٣٧)، فى الزوائد: فى إسناده رشدين بن سعد المصرى، أبو الحجاج، المهرى، ضعفه جماعة. واختلف فيه كلام أحمد، فمرة ضعفه، ومرة قال: أرجو أنه صالح الحديث، والبيهقى فى الكبرى (٨/١١٤) ح (١٦١٠١).

(٤) قال مالك فى الموطأ: والأمر عندنا أن فى المنقلة خمس عَشْرَةَ فريضة، انظر الموطأ (٢/٨٥٨).

(٥) انظر الموطأ (٢/٨٥٩).

(٦) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٤٤١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٠٣,١١٠٥).

على إمكان المماثلة، فإن فاتت فيه ولم يعظم الخوف على النفس يجب القصاص، وإن اشتد الخوف فلم يجب.

فصل

فأما ما لا يتأتى فيه المماثلة فلا قصاص فيه، لأن معنى القصاص هو المماثلة فإذا عدمت خرج ما يفعله بالجانى عن أن يكون قصاصًا فلم يجب، وتعذر المماثلة يكون بثلاثة أوجه: أحدها: بمعنى يعود إلى العقل كما يقول أصحابنا فى الشلل وذهاب بعض ضوء العين والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان فهذا مما تتعذر المماثلة فيه فى الظاهر، والثانى: أن تتعذر المماثلة لفقد المحل مثل أن يقلع أعمى عين بصير أو يضرب أصم أذن سميع فيذهب سمعه وما أشبه ذلك، والثالث: تمنع لعارض المماثلة مع إمكانها قبل حصوله وهو أن يعفو بعض أولياء الجناية فيتعذر القود لأنه لا يمكن استيفاء حقه على الانفراد وهذا يتصور فى القتل.

باب

والدية[١] ثلاثة أنواع: إبل وذهب وفضة لا يؤخذ مما سوى ذلك من عروض ولا حيوان ولا غير ذلك، وموجبها ثلاثة أشياء: قتل خطأ وقتل عمد وقتل شبه العمد، وهى من الإبل مائة، ومن الذهب ألف دينار، ومن الورق اثنى عشر ألف درهم، فأما دية الخطأ فهى خمسة أخماس: خمس بنات مخاض، وخمس بنات لبون، وخمس بنو لبون، وخمس حقاق، وخمس جذاع، وأما دية العمد فأرباع: بنات مخاض، وبنات لبون، وحقاق، وجذاع[٢].

وأما شبه العمد فقد بينا اختلاف قوله فيه، وأنه لا يثبت إلا فى قتل الأب لابنه على وجه الشبهة دون العمد، ودية ذلك عنده وغيره من شبهة العمد إذا أثبته أثلاث: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة: وهى الحوامل، وإذا وجبت مغلظة فإن وجبت على أهل الذهب والورق ففيها روايتان: إحداهما: أنها لا تغلظ ولا تؤخذ منهم زيادة على ما يوخذ فى دية الخطأ والعمد، والأخرى: أنها تغلظ وفى كيفية تغليظها روايتان:

إحداهما: أنه يلزمه من الذهب أو الورق قيمة الإبل مغلظة ما بلغت ما لم ينقص عن ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم.

والأخرى: أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ فيحصل جزاء زائداً على دية الذهب والورق[٣].

[وإنما قلنا: إن الدية مائة من الإبل لقوله ﷺ فى حديث عمرو بن حزم وغيره: «إن

---

(١) الدية فى اللغة: من وِدَيَةُ والهاء بدل من الواو تقول: وَدَيْتُ القتيل أديه دِيَةً إذا أعطيت ديته واتديت إذا أخذت الدية وتقول دِ القتيل إذا أمرت وهى حق القتيل والجمع دِيات. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلى (ص /٣٦٣)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣٩٩/٤).

وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هى مال يجب بقتل آدمىٍّ حُرٍّ عن دَمِه أو بجرحه مقدَّرًا شرْعًا لا باجتهاد. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٦٢١/٢).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٠٨/٢).

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (١١٠٩/٢).

فى النفس مائة من الإبل»[1] ولا خلاف فى ذلك[2]][3].

فصل

وإنما قلنا: إنها من الذهب ألف دينار، والكلام فيه فى موضعين: أحدهما مع أبى حنيفة فى قوله: إنها من الورق عشرة آلاف درهم[4]، والأخرى مع الشافعى فى قوله: إن على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب والورق قيمة المائة من الإبل بالغة ما بلغت من غير اعتبار بألف [دينار ولا باثنى عشر][5] ألف درهم[6].

فدليلنا على أبى حنيفة حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قوَّم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم[7]، وقد روى ذلك مرفوعًا من طريق عمرو بن حزم على ما ذكره بعضهم[8]، ولأنه تقويم للذهب والورق فيما طريقه الحد والإتلاف فوجب أن يكون كل دينار باثنى عشر درهمًا، أصله: القطع فى السرقة.

ودليلنا على الشافعى أن عمر رضى الله عنه قوَّم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وذلك بحضرة المهاجرين والأنصار وقد روى

(١) أخرجه النسائى فى القسامة (٨/ ٥٢) باب (ذكر حديث عمرو بن حزم فى العقول واختلاف الناقلين له)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٤٩) ح (١).

(٢) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ١١٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٨٨)، انظر المغنى لموفق الدين بن قدامة (٩/ ٤٨١).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، انظر الهداية (٣,٤/ ٥٢٣)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩١).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) قال الإمام النووى: هذا هو القول الجديد والأظهر للشافعى والقديم: يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم، وفى وجه مخرج على القديم عشرة آلاف درهم والاعتبار بالدراهم والدنانير المضروبة الخالصة. انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٦١)، انظر مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (٤/ ٥٦).

(٧) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٢-١٨٣) ح (٤٥٤٢)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٥٠) ح (٢)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٣٦٢).

(٨) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ١٣٨) ح (١٦١٧٩).

مرفوعًا، ولأنه نوع مال يجوز إخراجه فى الدية فكان أصلاً بنفسه كالإبل، ولأن الدية معنى جعلته الإبل فيها أصلاً وكان الذهب والورق فيها أصلاً كالزكاة.

وإنما قلنا: لا يؤخذ مما سوى هذه الأصناف خلافًا لأبى يوسف ومحمد فى قولهما: يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة، ومن أهل الغنم ألف شاة، ومن أهل الحلل مائتا حلة يمانية[1]، لما روى أنه ﷺ قضى فى النفس بمائة من الإبل[2]، وهذا يوجب بعين ما يخرج فيه، ولأن الصحابة قوّمت الإبل بألف دينار واثنى عشر ألف درهم فسلمناه للإجماع، ولم يقومه بغير هذين النوعين، ولأنه نوع من العروض فأشبه العبيد والعقار.

وإنما قلنا: إن دية الخطأ أخماسًا خلافًا لأبى حنيفة فى تفسير الأخماس وجعله مكان بنى لبون بنى مخاض[3]، لما روى سليمان بن يسار أن النبى ﷺ أوجب فى دية الخطأ أخماسًا: فذكر عشرين بنى لبون[4]، ولأنه أنقص من بنات مخاض كالفصلان.

وإنما قلنا: إن دية العمد المحض أرباعًا، خلافًا للشافعى فى قوله: أثلاثًا كالمغلظة[5]، لقوله ﷺ: «وفى النفس مائة من الإبل»[6] وظاهره لا يفيد أقل ما يتناوله الاسم، ولأنه أحد نوعى القتل معتبر بنفسه لا بغيره فلم يجب فى ديته الحوامل كالخطأ ولا يلزم عليه شبه العمد لأنه مشبه بغيره.

وإنما قلنا فى دية التغليظ: إنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة للخبر

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: وقالا تجب من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألف شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٣). وروى مثل هذا القول عن عمر والحسن البصرى وقال عطاء والزهرى وقتادة كما روى عن عمر غير أنهم لم يذكروا الحلل وهو قول ابن أبى ليلى والثورى وطاوس وهو مذهب أحمد بن حنبل، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٨٩)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٤٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى، انظر الاختيار (٤/ ٩١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٤).

(٤) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٥) ح (٤٥٥٢)، والترمذى فى الديات (٤/ ١٠) ح (١٣٨٦)، والنسائى فى القسامة (٨/ ٣٩) (باب ذكر أسنان دية الخطأ)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٧٩) ح (٢٦٣١) وأحمد فى المسند (١/ ٥٨٣) ح (٤٣٠٢).

(٥) ذكره فى الأم، انظر الأم (٦/ ٩٨)، انظر روضة الطالبين للنووى (٩/ ٢٥٦).

(٦) تقدم تخريجه.

الذى روى فى التغليظ[١]، وكذلك فى حديث عمر بن الخطاب: أنه أخذ الدية فى قصة المدلجى الذى خذف ابنه مغلظة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفة ودفعها إلى أخى المقتول[٢].

فصل

ووجه قوله: لا تغلظ على أهل الذهب والورق أن التغليظ ابتداء إثبات دية فلا يثبت إلا بسمع ولم يرد سمع إلا فى الإبل، ولأن الصحابة لم تقوم دية التغليظ على أهل الذهب والورق وقومت دية العمد والخطأ، ولأن التغليظ فى الإبل بالسن وهذا لا يتصور إلا فى الإبل.

ووجه إثباتها أنه نوع يؤخذ فى الدية فجاز أن يلحقه التغليظ كالإبل، ولأنه نوع من القتل فوجب أن يلزمه دية أهل الذهب والورق بصفتها كالإبل، أصله: دم الخطأ. ووجه قوله فى صفة التغليظ أنه بقيمة الإبل المغلظة أنه نقل دية إلى دية فوجب أن يكون بقيمة المنقولة، أصلة: دية الخطأ، ووجه قوله الآخر أن الألف دينار[٣] لما عدلت للمائة من الإبل فى الخطأ وجب أن يكون القدر الزائد على دية الخطأ هو الزائد عليه فى الذهب.

فصل

وتغلظ فى الجراح كما تغلظ فى القتل[٤]، وصفة ذلك أن ينظر الواجب فى الجرح من الدية: فإن كان نصفها أو ثلثها أو عشرها فتدفع إلى المجروح على صفة التغليظ فى الأصل، مثل أن يقطع أصبعه ففيها عشر الدية فيدفع إليه ثلاث حقاق وثلاث جذاع وأربع خوالف.

ما لا قود فى عمده المحض من الجراح لا تغليظ فيه نص عليه عبد الملك، وذلك لأن التغليظ فى الدية هو عوض عند سقوط القود فإذا كان القود غير واجب فلا وجه للتغليظ، واختلف فيما يلزم بقتل الأب الذى لا يجب به قود من دية التغليظ على من يجب: فقال ابن القاسم تكون فى مال الأب حالة، وقال أشهب [وعبد الملك][٥] تحملها

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى الأصل الدينار ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٤٣٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٦٧).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

العاقلة حالة[١]، فلابن القاسم أنها وجبت فى غير خطأ لم تحملها العاقلة كالعمد المحض، [ولغيره أنها دية عن عمد فلا قود فيه، وإذا قلنا: إنها على القاتل حالة فلأن كل دية لزمت الجانى فى ماله فإنها حالة كالعمد][٢]، وإذا قلنا: إنها على العاقلة حالة فإنها لما تغلّظت بالسن والصفة تغلظتها أيضًا بالحلول، ولأن صفتها أغلظ من الخطأ.

فصل

لا تحمل العاقلة إلا دية الخطأ المحض، ولا تحمل دية عمد ولا اعترافًا ولا صلحًا، والأصل فيه أن كل جناية فإن بدلها يستوفى من الجانى، وأما الخطأ فإن العاقلة حملت ديته تخفيفًا عن الجانى ومواساة له لإنه لم يكن منه ما يوجب القود، والعمد طريقه التغليظ، وأما الاعتراف فإنه إقرار على الغير فلا يلزم العاقلة شىء منه، وكذلك الصلح هو ابتداء التزام شىء فلا يجب على العاقلة.

فصل

إذا أقر بقتل خطأ ففيها ثلاث روايات[٣]: إحداها: أنه لا شىء عليه ولا على عاقلته لأن دية الخطأ لا تلزم المخطئ وإنما تلزم العاقلة فكأنه مقر على غيره فلم يلزم شىء العاقلة بإقراره، والثانية: أن إقراره لوث[٤] يقسم معه الأولياء لأنه سبب تقوى دعواهم إذ لا يتهم فيه، والثالثة: أن الدية تلزمه فى ماله لأنه اعتراف بالجناية وادعى أنها على وجه تلزم غيره فقبل منه اعترافه بها ولم يقبل منه ما يلزم غيره بإقراره، وهذا هو الصحيح.

(١) ذكرهما فى الرسالة، وهناك وجه ثالث: أنها تكون على القاتل أبًا أو غيره فى ذمته فإن كان له مال أخذ منه وإلا انتظر يسره، انظر شرح الرسالة مع حاشية العدوى (٢/ ٢٧٤)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٧٦).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى أقوالاً، وذكر قولاً رابعًا: هو أن الدية تقضى عليه وعلى عاقلته فما أصابه غرمه وما أصاب العاقلة سقط عنها. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٠٧).

(٤) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: اللوث هو الأمر الذى ليس بالقوى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢٩).

فصل

وتحمل العاقلة ثلث الدية فصاعداً ولا تحمل ما دونه، خلافًا للشافعي[(١)]، لما رواه ربيعة أن النبي ﷺ عاقل بين قريش والأنصار فجعل على العاقلة ثلث الدية فصاعداً[(٢)]، ولأنه حمل العاقلة لذلك على وجه التخفيف عن الجاني والمواساة خيفة أن يجحف الأداء به، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل.

فصل

اختلف في الثلث الذي يعتبر فيه: فروى أشهب أن الاعتبار بثلث دية المجروح خاصة، وروى ابن القاسم أنه إذا بلغ ثلث دية المجروح أو الجاني حملته العاقلة[(٣)]، فوجه الأول أن الاعتبار فيما يلزم الجاني بدية المجني عليه لا بالجاني، كما لو قتلت امرأة رجلاً للزم بقتلها دية رجل، ووجه الثانية أن ثلث الدية يتعلق به حمل العاقلة، أصله: ثلث دية المجروح.

لا تحمل العاقلة من قتل نفسه عمداً ولا خطأ، خلافًا لمن حكى عنه أنه تحمل عن الخطأ[(٤)]، لأنها جناية منه على نفسه كالجناية على ماله أو العمد، ولأن العاقلة تحمل عنه ما يحصل لغيره عليه تخفيفًا عنه، ولا يتصور أن يجب للإنسان شيء على نفسه أو على غيره بجنايته عليها.

فصل

وتنجم الدية على العاقلة في ثلاث سنين، لما روى أن عمر وعليًا قضيا بالدية على

---

(١) هذا أحد قولي الشافعي والقول الثاني: أن ما دون الثلث لا يضرب لأنه لا يعظم إجحافه بالجاني. انظر روضة الطالبين (٩/٣٥٨).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/١٨٩) ح (١٦٣٨٤)، كذا رواه أيوب والمحفوظ أنه من قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار.

(٣) ذكره في شرح رسالة أبي زيد القيرواني للإمام أبي الحسن. انظر حاشية العدوي على شرح الرسالة (٢/ ٢٨٠).

(٤) وهذا قول الأوزاعي ورواية عن أحمد وإسحاق. وقال الثوري في رجل وجد في بيته مقتولاً قال: تضمن عاقلته ديته. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٣١)، انظر المغني لموفق الدين (٩/ ٥٠٩).

العاقلة فى ثلاث سنين[١]، ولم يخالف عليهما أحد[٢]، ولأن العاقلة تحملها مواساة للجانى فيجب أن يخفف عنها وكانت فى الأصل من الإبل وقد تكن وقت الوجوب حوامل فلا يجوز أن يكلفوا إذاً حوامل، وفى الثانية لوابن فوجب أن يؤجلوا ثلاث سنين ليجمع لهم ما يشترى به السن المؤقتة.

فصل

واختلف فى البعض فعنه فى ذلك روايتان: إحداهما: أنه تؤخذ حالة ولا تنجم إلا الدية الكاملة، ووجهها اعتبارها بما دون الثلث، والأخرى: أنه تنجم لأنه أرش جناية خطأ بلغ الثلث فأشبه الكاملة، وفى كيفية التنجيم روايتان: إحداهما: النصف فى سنتين لأنه أقرب إلى التخفيف، وليتكامل وضع الحوامل، والثلث فى سنة اعتباراً بتقسيط البعض على الجملة والثلثان فى سنتين، والأخرى أنه يجتهد فيها على ما يرى[٣].

فصل

ولا تحمل النساء ولا الصبيان لأنها على العصبة الذين إليهم القيام بالدم والميراث والنصرة وليس لأموالهم حق، ولا لما يؤخذ من آحادهم حد وإنما هو على الاجتهاد فمن لا قبيلة له عقل عنه المسلمون من بيت المال، ومن كانت نائية عن موضعه عقل عنه أقرب الناس إلى قبيلته، وتحمل جناية المرأة عصبتها وليس على ابنها شىء إلا أن يكون أبوه من عصبتها، وقد قيل يحمل وإن كان أبوه أجنبيًا لأن البنوة عصبة بنفسها كالميراث والنكاح.

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ١٩٠) ح (١٦٣٩٠).

(٢) قال ابن قدامة: وجدنا عوام أهل العلم قد قالوا كما روى عن عمر رضى الله عنه وقال: وهو قول الشعبى والنخعى وقتادة وأبى هاشم وعبيد الله بن عمر ومالك بن أنس والشافعى وإسحاق وأبى ثور. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/١٢٩)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/٤٩٣).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٠٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٨٥).

باب : من الديات

وفى العينين الدية، وفى اليدين الدية، وفى الرجلين الدية لورود النص بذلك، وفى حديث عمرو بن حزم: «وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى العين خمسون»[١]، ولأن كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر فإن الدية تجب بإتلافه ومنافع هذه الأعضاء ظاهرة مقصودة [كاملة][٢] وهى قوام البدن وعماد منفعته فباليدين البطش والتصرف والتمكن من الصناعات، والرجلان مشاركتان لليدين فى النفع وإن انفردتا بنوع يخصهما من المشى والعدو والسفر ونفعهما لا خفاء به، والعينان منفعتهما أيضًا كاملة وجمالهما ظاهر ولهما فى النفع مزية على سائر الأعضاء لأن بمنفعة البصر يتمكن من جميع ما ذكرناه من التقلب فى المعايش والتصرف والاحتيال، وفى الشفتين الدية لأن نفعهما كامل وجمالهما ظاهر.

فصل

وفى ثديى المرأة الدية[٣] لأن منفعتهما مقصودة وهى الإرضاع وجمالهما ظاهر لأنهما من المحاسن المطلوبة، والدية فى ذهابهما أو بعضهما معتبرة بإبطال مخرج اللبن، وفى ثديى الرجل الاجتهاد[٤] لأنه ليس فيهما نفع ظاهر ولا جمال بين.

فصل

وفى الحاجبين حكومة لأنهما زينة فقط بلا منفعة، وكذلك فى سائر الشعر كأهداب العين واللحية لأن الدية لا تتعلق بالجمال المنفرد عن المنفعة، وفى أشراق الأذنين[٥]

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٣) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٤٣٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٧٣).

(٤) قال ابن عرفة فيه حكومة. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٧٣)، وانظر حاشية العدوى على الرسالة (٢/ ٢٧٧).

(٥) يقال: شرقت الشاة شرقًا شق أذنها. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/ ٢٤٩).

روايتان[١]: إحداهما الدية، والأخرى الاجتهاد، فوجه إيجاب الدية ما روى «وفى الأذن خمسون»[٢]، ولأنهما عضوان منهما اثنان فى البدن كاليدين، ووجه الحكومة أن نفعهما غير كامل لأن السمع يقع بغيرهما وأكثر ما فيها مرسل الصوت إلى السمع، ولأن جمالهما غير ظاهر تغطيهما القلنسوة والعمامة كما قال أبو بكر رضى الله عنه.

فصل

وفى العقل الدية لأنه أشرف المنافع وأعلاها وما عداه من المنافع متعلق به لأن به يتمكن من التصرف فى المعاش والمصالح فكان أولى بوجوب الدية.

فصل

فى الأنف الدية إذا قطع مارنه[٣]، لما روى فى الحديث «وفى الأنف إذا أوعب جدعًا الدية»[٤] ولأنه عضو فيه نفع كامل وجمال ظاهر كالبصر وإن قطع بعضه ففيه من الدية بحسابه، وإن أذهب الشم وحده ففيه الدية لأنها منفعة مقصودة كالسمع والبصر، وكذلك إن قطع الأنف وبقى الشم ففيه الدية، وإن ذهبا معًا فى ضربة ففيهما دية واحدة لأن أحدهما من الأخر، وقال بعض شيوخنا القياس أن تكون فيهما ديتان قال: لأن كل واحد إذا انفرد بالذهاب كانت فيه فباجتماعهما لا تسقط.

فصل

وفى السمع إذا ذهب الدية، فكذلك البصر لعظم منفعتهما، فإن ذهب[٥] من إحدى الجهتين ففيها نصف الدية أعنى أن البصر إذا ذهب فى إحدى العينين [ففيه نصف الدية][٦]، والسمع إذا ذهب من إحدى الجهتين ففيه نصف الدية، وإن ضربه فأذهب

---

(١) ذكرهما ابن عبد البر وقال: روى عنه فيهما الدية وروى عنه أنه ليس فيهما إلا حكومة وقال ابن القاسم: ليس فيهما إلا دية واحدة، وقال غيره قياس قول مالك أن تكون فيهما ديتان. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١١١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الفيروزآبادى: المارن الأنف أو طرفه أو ما لان منه. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٢٧١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى: ب (ذهبا).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

سمعه وبقى أذناه ففى ذهاب السمع الدية، وإن قطع أذنيه وبقى السمع ففيها الدية، وإن ذهبا [فى ضربة واحدة][1] ففيهما الدية، وقال شيخنا الذى حكينا عنه القياس أن تكون فيها ديتان أو دية وحكومة على حسب اختلاف قوله فى الأذنين، ووجه ذلك ما ذكرناه فى ذهاب الشم والأنف.

فصل

وفى الصلب[2] إذا كسر الدية[3]، لأنه يذهب به منفعة جليلة مقصودة يتمكن معها من التقلب فى الصنائع والتصرف فى المعاش فذهابه زمانة كقطع الرجلين، وذلك إذا آل إلى القعد، فأما إن قدر على القيام والمشى على قصر ففيه الاجتهاد بحسابه من الدية إن عرف قدر النقص.

فصل

وإذا قطع من اللسان ما منع الكلام ففيه الدية، وإن ذهب بعضه ففيه الدية بحسابه، لما روى فى ذلك مرفوعًا[4]، ولأن فيه منفعة كاملة مقصودة وجمالاً ظاهرًا لأن ضده الخرس الذى يتعذر معه التصرف فى المعاش وغيره إلا على كلفة ومشقة، وفى ذهاب البعض بحسابه اعتبارًا بذهاب المنافع التى تجب بذهابها الدية من السمع والبصر وغيرهما.

فصل

وفى الذكر الدية لما روى فى الحديث، وكذلك الأنثيين فإن قطعا معًا ففيهما ديتان[5]،

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال الفيروزآبادى: الصلب بالضم والتحريك عظم من لدن الكاهل إلى العجب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٩٣) وقال الشيخ العدوى: الصلب أى: الظهر. انظر حاشية العدوى على الرسالة (٢/ ٢٧٦).

(٣) قال ابن عبد البر: وفى الظهر يقصم الدية كاملة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١١)، انظر حاشية العدوى على الرسالة (٢/ ٢٧٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ذكره فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١١)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٢٧٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٧٣).

وإن قطع أحدهما بعد الآخر فى ضربة واحدة ففيها روايتان: إحداهما أن فيهما ديتين، والأخرى أن فى الأولى دية وفى الثانية حكومة[1].

وإنما قلنا: إن فيهما ديتين للجمال بهما والمنفعة الكاملة المقصودة، ووجه القول بأن فيهما ديتين، وإن قطع أحدهما بعد الآخر فى فور واحد قوله «وفى الذكر الدية»[2] ولم يفرق، ولأن الفور الواحد يجرى مجرى القطع الواحد وأنه لم يسبق أحدهما الآخر، ووجه القول أن فى الثانية حكومة أن التأخر منهما لا منفعة فيه بعد ذهاب الأول فأشبه أن يقطع بعد اندمال الأول.

فصل

وأقل ما يتعلق به الدية من قطع الذكر ذهاب الحشفة لأن المنفعة المقصودة بها تتعلق من اللذة وغيرها، وفى قطع بعضها بحسابها، وما قطع بعد ذلك فبحسابه.

فصل

وفى عين الأعور الدية كاملة، خلافًا لأبى حنيفة[3] والشافعى فى قولهما: إن فيها نصف الدية[4]، لأن فى ذلك إجماع الصحابة روى عن عمر وعثمان وعلى وابن عمر[5] رضى الله عنهم، ولا مخالف لهم، ولأن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو لأن من ضرب يد رجل فأشلها لزمته الدية، وكذلك لو قطعها فوجدنا منفعة البصر تكمل لذى العين الواحدة إذ يدرك بها مثل ما يدركه ذو العينين أو قريبًا منه، فإذا أتلف عليه فقد أتلف جميع منفعة البصر فكان كمتلف العينين.

---

(١) وهو قول عبد الملك فيما إذا قطعت الأنثيان بعد الذكر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) كذا ذكره فى الفتاوى الهندية، وفى الاختيار قال الشيخ الموصلى: فيها حكومة عدل. انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٢٥)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩٧).

(٤) انظر الأم للشافعى (٦/ ١٠٨)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٧٢) وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٤٣٢).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ١٦٤) ح (١٦٢٩١).

فصل

وفى السن خمس من الإبل، لورود الخبر بذلك[١]، ومقدم الفم والأضراس لوقوع الاسم على الجميع، وإذا ضربت السن فاسودت ففيها العقل لذهاب منفعتها، ثم إذا طرحت بعد ذلك ففيها عقلها أيضًا لذهاب الجمال بها كالأنف يضرب فيذهب الشم ففيه الدية، ثم إذا قطع بعد ذلك ففيه دية أخرى لذهاب الجمال به.

فصل

وإنما قلنا فى الموضحة نصف العشر لقوله ﷺ: «وفى الموضحة خمس من الإبل»[٢]، ولا خلاف فى ذلك[٣]، فإن برئت على شين[٤]، فقال مالك: يزاد فيها بقدره[٥] لأنه نقص حدث عن جناية كما لو كانت فى الجسد، وقال أشهب: لا يزاد بها شيء، ووجه ذلك قوله: «فى الموضحة خمس من الإبل»[٦]، ولم يوجب زيادة عليه، ولأن المقدار إذا وجب فيها لم يكن بعد ذلك حكم. وإنما قلنا: إن فى المنقلة عشر ونصف عشر الدية لقوله ﷺ : «وفى المنقلة خمس عشر فريضة»[٧] ولا خلاف فى ذلك[٨].

[وإنما قلنا: إن فى المأمومة ثلث الدية وكذلك فى الجائفة لأن ذلك مروى فى الحديث ولا خلاف فيه][٩] وإنما قلنا: إن فيما دون الموضحة الاجتهاد وكذلك جراح الجسد

---

(٤) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن المنذر: أجمعوا على أن فى الموضحة خمسًا من الإبل. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٩٥، ٩٦)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٦٤٠).

(٤) قال الفيروزآبادى: شانه يشينه ضد زانه، والمشاين: المعايب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٢٤١).

(٥) انظر المدونة (٤/ ٤٣٤)، وذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٥)، وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هو مشهور المذهب. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٧١)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٢٧٩).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ذكره ابن المنذر وقال: وأجمعوا على أن فى المنقلة خمس عشرة من الإبل. انظر الإجماع (ص ١١٧)، انظر الإشراف (٣/ ٩٧)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٦٤٦).

(٩) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

والهاشمة لأن مـقادير العقل لا تؤخذ بالقياس وليس فى ذلك شـرع بتقدير فلم يبق إلا الاجتهاد، ومـعنى الحكومة والاجتهاد واحد وهو أن يقوِّم المجنى عليـه لو كان عبدًا كم يساوى سليمًا لا جراح فيه [فيقال مائة دينار][١] ثم يُقوَّم وبه الجراح فيقال ثمانين دينارًا فيعلم أن الجناية قد نقصت خمس قيمتـه فيجعل ذلك جزءًا من ديته فيلزم الجانى خمس دية المجروح.

فصل

عقل مـا لا قود فيه من الجـراح كالمأمومـة والجائفة فيـه ثلاث روايات: إحداها: أنه على العاقلة، والأخرى: أنه فى مال الجانى، والثالثـة: أنه يبدأ بمال الجانى فإن كان فيه وفاء وإلا كان الباقى على العاقلة[٢]، فوجه الأولى: أنها جناية استـحق المال بها بنفسها لمنع القود فيـها فحملتها العـاقلة، أصله: الخطأ، ووجه الثانية: جناية عمـد فلم تحملها العاقلة كالذى يجب فـيه القود، ووجه الثالثـة: أن هذا الجرح قد أخذ شبـهًا من العمد وشبهًا من الخطأ ووجدنا شبهه بالعمد أكثر فوجب أن يبدأ بمال الجانى كما يفعل فى دية العمد فإن وفى وإلا تمم من العاقلة لشبهه بالخطأ فى منع أخذ القود.

فصل

وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل[٣]، لقوله ﷺ: «وفى كل أصـبع [مما هنالك][٤] عشـر من الإبل»[٥]، ولأن فى اليـد الواحـدة والرجل الواحـدة خمـسون من الإبل والدية تجب فـيها بذهاب الأصـابع فيجب أن يـكون فى كل أصبع عشرة، وفى كل أنملة ثلاثة أباعر وثلث لأن الأنملة ثلثها فـفيها ثلث ديتها إلا فى الإبهام ففى كل أنملة منهما خمس لأنهما أنملتان فالأنملة منهما نصفها[٦].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/ ١١٠٧).

(٣) ذكره ابن عبـد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٣)، انظر الشـرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ٢٧٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر الموطأ (٢/ ٨٦٠) انظر الكافـى لابن عبـد البر (٢/ ١١١٣)، انظر حـاشـية الدسـوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٧٨).

باب

ودية المرأة على النصف من دية الرجل لقوله ﷺ: «دية المرأة على نصف من دية الرجل»[١]، وأما دية جراحها فإنها تساوى الرجل فيما دون ثلث الدية، ويرجع إلى حساب ديتها فيما زاد على ذلك وإذا قطع لها أصبع أو أصبعان أو ثلاثة أخذت ثلاثين من الإبل فإن قطع بها أربع أصابع أخذت عشرين بحساب ديتها.

وإنما قلنا ذلك خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لأنه إجماع أهل المدينة نقلاً، وقد أغلظ سعيد بن المسيب لربيعة [بن أبى عبد الرحمن][٤] لما سأله عن ذلك وحاجّه من طريق المقايسة وقال: أعراقى أنت لما قال له: أحين عظمت مصيبتها واشتد جراحها قل عقلها فقال هى السنة[٥]، ولأن كل إتلاف كان موجبه أقل من ثلث الدية فإن الأنثى تساوى الذكر فيه، أصله: دية الجنين.

فصل

دية الكتابى نصف دية المسلم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: مثل دية المسلم[٦]، وللشافعى فى قوله: ثلث دية المسلم[٧]، فدليلنا على أبى حنيفة أن الديات موضوعة على

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ١٦٦) ح (١٦٣٠٥)، انظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/ ٢٨) ح (١٣).

(٢) حيث يقول بأن ديتها فى الجراح أيضًا النصف. انظر الهداية للمرغينانى (٣, ٤/ ٥٢٣)، مرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ١٠٣)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩٢).

(٣) انظر الأم (٦/ ٩٢) وهو قول الشافعى فى الجديد. أما القديم فكقول الإمام مالك فى أنها تساوى الرجل فى الأطراف إلى ثلث الدية فإذا زاد الواجب على الثلث صارت على النصف. انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٥٧)، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ١٩٧)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٦, ٥٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ، ب).

(٥) انظر الموطأ (٢/ ٨٦٠).

(٦) انظر الهداية للمرغينانى (٣, ٤/ ٥٢٤)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٤).

(٧) انظر الأم للشافعى (٦/ ٩٢)، انظر روضة الطالبين للنووى (٩/ ٢٥٨).

التفاضل فى الحرم ألا ترى أن النساء لما انخفضت حرمتهن عن حرمة الرجال نقصت دياتهن عن ديات الرجال فالكافر أخفض حرمة من المسلم للنقص المانع من قول شهادته ومواريثه وإنكاحه للمسلمات والإسهام له فى الغنيمة وغير ذلك، فكذلك يجب أن ينقص عنه فى الدية ولأنها بدل عن النفس فكان الكفر مؤثرًا فى نقصانها كالقصاص، ودليلنا على الشافعى أن كل نوع نقصت ديته عن دية المسلم الذكر إلى جزء منه فإن ذلك الجزء هو النصف، أصله: دية المرأة المسلمة، ولأنه جزء تنقص الدية إليه فلم يجز أن يكون دون النصف اعتبارًا بالربع.

فصل

دية المجوسى ثمان مائة درهم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها مثل دية المسلم[1]، لأن عمر بن الخطاب حكم بذلك بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد وكان يكتب إلى عماله بذلك بحضرة المهاجرين والأنصار[2]، ولأن كل جنس لا يؤكل ذبيحته ولا تنكح نساؤه فلا يجب بإتلافه ما يجب بإتلاف المسلم، أصله: الوثنى والمرتد، ولأنا قد بينا أن نقصان الحرم بالأديان يؤثر فى نقصان الدية فلما كان الكتابى أخفض دية من المسلم نقصت ديته عن ديته كذلك المجوسى لما نقصت حرمته عن حرمة الكتابى وجب أن تنقص ديته، وديات نساء أهل الكتاب والمجوس فى نفوسهم وجراحهم على حساب ديات نساء المسلمين من رجالهم.

فصل

وفى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يبلغ به دية الحر[3]، لأنه مملوك فوجب أن يضمن فى إتلافه بكمال قيمته كالبهائم والسلع، ولأنه نسب يضمن به العبد فوجب أن يضمن بكمال قيمته، أصله: اليد والعين.

---

(١) انظر الهداية (٣, ٤/ ٥٢٤)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٤)، انظر غُرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ١٠٤).

(٢) أخرجه البيهقى فى الديات (٨/ ١٧٦) ح (١٦٣٤٠)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فيه ابن لهيعة وهو ضعيف، انظر تلخيص الحبير (٤/ ٤٠) ح (٦٨).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. وقال: وقال أبو يوسف: تجب قيمته بالغة ما بلغت. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١١٣)، انظر الهداية (٣, ٤/ ٥٥٧).

فصل

فى كل جناية على العبد فيما دون النفس مـا نقص عن قيمته إلا فى الشجاج الأربع الموضحة والمنقولة والمأمومة والجائفة ففى كل واحدة من هذه بقيمته بقدر ما فى الحر من ديته، ففى موضحة العبد نصف عشر قيمـته وفى منقلته عشر ونصف عشر قيمته، وفى مأمـومته ثلث قيـمته، وكـذلك للجائفة، وقـال الشافعى: فى كل جناياته مـثل ما فى جنايات الحر من ديته[(١)].

وإنما قلنا ذلك لأنهـا جناية على مملوك أتلف جزءًا منه وأثرت نقـصًا فيـه فوجب أن يكون فيها [بقدر][(٢)] ما نقص من قيمتها، أصله: البهائم، فأما الشجاج الأربع فإنما قلنا إن فيها بقدر مـا فى الحر من ديته لأنها قد تبرأ على غير نقص فلو لم يجـعل فيها بقدر ما فى دية الحر من قيمة العبـد لأدى ذلك إلى بطلانها لأنه ليس هنالك نقص من القيمة يرجع إليه وسائر الجراح بخلافها لأنها تؤثر نقصًا لا محالة.

فصل

ولا تحمل العاقلة قيمة العبد إذا قتل [خطأ][(٣)] خلافًا للشافعى[(٤)]، ولأنها إتلاف مال فلم تحمله العاقلة كالبهائم.

فصل

فى ذكر الخصى الاجتهاد خلافًا للشافعى[(٥)]، لأن منفعتـه ناقصة لأنه لا ينزل ووطؤه

---

(١) انظر الأم للشـافعى (٦/ ٩٠). وقـال الإمام النووى: إن كـانت الجناية مما يوجب فى الحـر بدلاً مقدرًا فـقولان أظهرهما وهو الجـديد: أن الواجب فيها جـزء من القيمة. والثـانى: الواجب ما نقص من قيـمته. وإن كـانت الجناية لا توجب مقدرًا فى الحـر فواجبـها فى العبـد ما نقص من القيمـة بلا خلاف وعلى الأظهر فيكون فى يد العـبد نصف قيمتـه وفى يديه قيمته وفى أصـبعه عشرها وكذا. انظر روضة الطالبين (٩/ ٣١١,٣١٢).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) حيث قال: وإن جنى عليه خطـأ فقيمته على عاقلة الجـانى. انظر الأم للشافعى (٦/ ٢٣). وقال الشيخ الخطيب الشـربينى هو قول الشافعـى الجديد وهو الأظهر، والقديم أنهـا على الجانى لأنه مضمون بالقيمة فأشبه البهيمة. انظر مغنى المحتاج (٤/ ٩٨).

(٥) حيث قال: فيه الدية تامة. انظر الأم للشافعى (٦/ ١٠٦)، انظر روضة الطالبين (٩/ ١٩٥).

ناقص ولزوجته الخيار إذا تزوجته فلم يستحق به كمال الدية وكذلك فى اليد الشلاء لأن منفعتها معدومة وهى ميتة فلا يجب القصاص بها من الصحيحة، وكذلك العين القائمة.

فصل

إذا قتل عبد عبداً أو حراً فأولياء المقتول بالخيار إن شاءوا قتلوا لأن دمه مكافئ لدم العبد وناقص عن دم الحر، وإن شاءوا استرقوه لأن جنايته متعلقة برقبته فسيد القاتل بالخيار إن شاء افتكه بأرش الجناية وهى قيمة العبد المقتول أو دية الحر، وإن شاء أسلمه فصار ملكًا للمجنى عليه(١).

وإنما قلنا: إنه مخير لأن سيد العبد المقتول قد أسقط حقه من القصاص إلى أخذ بدل عن جنايته وهو غير مستحق للرقبة بنفس الجناية دون إسلام السيد إياها، والذى وجب له الأرش فإذا بذل له فقد سقط حقه من الرقبة فإن افتكه سيده بالأرش عاد إلى ملكه كما كان قبل الجناية، وإن امتنع أن يفديه لزمه إسلام رقبته وصار ملكًا للمجنى عليه، وإنما قلنا ذلك لما قدمناه أن الجناية تعلق شىء برقبته وجعل لسيده افتكاكه ورده إلى ملكه فإذا لم يختر ذلك فقد رضى بتركه.

وقال أصحاب الشافعى: يخير سيد العبد القاتل بين أن يفديه بالأرش أو يسلمه ليباع فيكون لسيد المقتول جميع ثمنه إن كان بإزاء الأرش، أو دونه وليس له شىء آخر إن كان الأرش أكثر من ثمنه، فإن زاد الثمن على الأرش كان له منه بقدر الأرش وكان الفاضل لسيده، وليس له أن يملك رقبته(٢).

ودليلنا أن الجناية لا تخلو أن تكون متعلقة برقبة العبد أو بمال السيد: فإن كانت متعلقة بمال السيد وجب أن يؤخذ من سائر ما يملكه من العبد وغيره ولا يبطل بتلف العبد كسائر الجنايات وذلك باطل، وإن كانت متعلقة برقبة العبد وجب أن يستحق الرقبة بدلاً من أرش الجناية لتعلقها به لأنه ليس معنى تعلقها بالرقبة أكثر من أن حق المجنى عليه قد انتقل إليها فكان له بأن يملكها، وإنما جعل للسيد إسقاطها عن الرقبة ببدل فإذا لم يفعل فقد اختار تسليمها.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٩٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٤١).
(٢) انظر الأم للشافعى (٦/٢٢)، انظر مغنى المحتاج (٤/١٠٠).

فصل

السائق والقائد والراكب ضامنون بجناية الدابة[1] لأن ذلك بتفريط منهم فى إمساكها أو حادث عن إثارتهم لهـا إلا أن يكون ما فعلتـه كان ابتداء لا صنع لهم فيـه فلا شىء عليهم منه ويكون ذلك هدراً لقـوله ﷺ: «جرح العجمـاء جبار»[2] أى لا شىء فـيه، وكذلك إذا كانت واقفة وحدها بحيث يجوز لصاحبها أن يقفها فأصابت إنسانًا فهو هدر لا شىء فيه.

فصل

وما تلف فى مـعدن أو بئر من غـير فعل أحد فـهو هدر[3] لقوله ﷺ: «البئـر جبار والمعدن جبار»[4]، ولأن تلفه لا صنع لأحد فيه فكان هدراً.

فصل

إذا جرح عدة جراحات تجب فيها عـدة ديات فله جميع ذلك، لأن كل جراحة قائمة بنفسـها لا يسقط ما يجب بهـا بمشاركة غـيرها لها إلا أن تصيـر نفسًا فتجب الدية فـيه ويسقط ما عداها وذلك إذا مات فى الحال.

---

(١) قال الإمام مالك فى الموطأ: القائد والسائق والرَّاكب كلهم ضامنون لما أصابت الدابة إلا أن تَرْمح الدابة من غيـر أن يفعل بها شىء ترمح له. وقد قـضى عمر بن الخطاب فى الذى أجـرى فرسه بالعـقل. انظر الموطأ (٢/ ٨٦٩)، انظر المـدونة (٤/ ٥٠٧)، انظر حـاشيـة العـدوى على شـرح الرسالة (٢/ ٢٨٣).

(٢) أخـرجـه البـخـارى فى الديات (١٢/ ٢٦٥) ح (٦٩١٢)، ومـسلم فى الحـدود (٣/ ١٣٣٤) ح (٤٥/ ١٧١٠).

(٣) انظر الموطأ (٢/ ٨٦٩)، انظر حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢/ ٢٨٣).

(٤) أخـرجـه البـخـارى فى الـزكـاة (٣/ ٤٢٦) ح (١٤٩٩)، ومـسلم فى الحـدود (٣/ ١٣٣٤) ح (٤٥/ ١٧١٠).

باب

والحكم بالقسامة[١] واجب، وصورتها: أن يوجد قتيل لا يعلم من قتله فيدعى أولياؤه الدم على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم ويكون معه لوث يقوى دعواهم، واللوث[٢]: أمارة يغلب معها عند الظن صدقهم، فيحلف الأولياء، على ما يدعونه ويجب لهم فى العمد القود، والدية فى الخطأ ونحن نبين تفصيل ذلك.

فصل

إذا ادعى قوم أن دم مقتول لا يعرف قتله عند رجل بعينه قتله عمدًا، ولا بينة لهم على ذلك والمدعى عليه ينكر: فإن كان معهم لوث حلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعدًا من العصبة خمسين يمينًا تردد الأيمان على عدد رؤوسهم واستحقوا الدم فقتلوا أو عفوا واللوث هو أن يقول المقتول: دمى عند فلان عمدًا إذا كان بالغًا مسلمًا حرا عدلاً أو فاسقًا ذكرًا كان أو أنثى، ومن اللوث الشاهد العدل [يشهد][٣] على رؤية القتل أو رؤية المدعى عليه بقرب المقتول عليه بيده سكين أو سيف وثيابه ملوث بالدم.

فأما الشاهد الواحد والجماعة غير العدول والنساء ففيهم روايتان: إحداهما: أن شهادتهم لوث[٤]، والأخرى: أنها ليست بلوث، ومن أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثًا فإذا وجد اللوث بدئ بأولياء الدم على ما بيناه فحلفوا ولهم أن يستعينوا من عصبة الميت بمن يحلف معهم، وإن لم تكن له ولاية فى الدم مثل أن يترك بنين

---

(١) القسامة فى اللغة بالفتح: اليمين كالقسم بالله تعالى يقال: إنما سمى القسم قسمًا لأنها تقسم على أولياء الدم ويقال: أقسم الرجل إذا حلف. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلى (ص ٣٦٩)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ١٦٤، ١٦٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى هى: حلف خمسين يمينًا أو جزئها على إثبات الدم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢٦).

(٢) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: اللوث هو الأمر الذى ليس بالقوى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢٩).

(٣) ثبت فى (ب) شهير.

(٤) ذكره ابن عبد البر قولاً. وقال: وهو قول ضعيف لا يعمل به ولا يعرج عليه، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٧).

وإخوة وعمومـة فالولاية للبنين: فإن شاءوا حلفوا وإن شاءوا أدخلـوا معهم إخوة الميت وعمومته فخففوا عنهم وحلفوا معهم، وإن كان ولى الدم واحدًا لم يحلف وحده ولكن يستعين من عـصبته من يحلف معه، وإن كان ولاة الدم خمـسين حلف كل واحد يمينًا واحدًا، وإن زادوا على الخمسين ففيها روايتان[١]: إحداهما: يحلف منهم خمسون فقط، والأخرى: أنهم يحلفوا كلهم ويجبـر كسر اليمين بإكمالهـا على من عليه أكثرها، وإذا نكل المستعان بهم من الأيمان لم يؤثر نكولهم وحلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعدًا فإن نكل بعض ولاة الدم عن الأيمان وقد بقى اثنان أو أكثر ففيها روايتان[٢]:

إحداهما: أن للباقين أن يحلفوا ويـأخذوا أنصبائهم من الدية، والأخرى أن الأيمان ترد على المدعى عليـه فـإن حلف سـقطت الدعوى عنـه، وأن نكل ففـيـها روايتـان: إحداهما: [أنه يحـبس إلى أن يحلف فإن طال حبسـه خلى، والأخرى: أن الدية تلزمه فى ماله إذا أقسموا ثم عفا بعضهم سقط الدم وكان لمن لم يعف نصيبه من الدية، وهذا فى الولد والإخوة رواية واحـدة، وفى غيرهم من العصـبة روايتان:][٣] إحداهما: مثل هذا، والأخرى: أن من نكل منـهم على الأيمان حلف الباقـون واستحـقوا الدم. ولم يقتل بالقـسامة إلا واحـد ويجلد الباقون كل واحـد منهم مائة [جلدة][٤] ويحبس عامًا

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٩).

(٢) ذكرهما ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٩). وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: فى ذلك خمسة أقوال:

أحدها: أنها ترد الأيمان على العاقلة فيحلفـون كلهم ولو كانوا عشرة آلاف والقاتل كواحد منهم ومن حلف لم يلزمه شىء ثم قال: وهذا القول أبين الأقاويل وأصحها فى النظر.

والثانى: يحلف من العاقلة خمسون رجـلاً كل واحد منهم يحلف يمينًا فإن حلفوا برئت العاقلة من الدية كلها وإن حلف البعض برىء ولزم بقية العاقلة الدية كلها حتى يتموا خمسين يمينًا وهو قول ابن القاسم.

والثالث: أنهم إن نكـلوا فلا حق لهم أو نكل بعضـهم فلا حق لمن نكل ولا يميـن على العاقلة وهو قول ابن الماجشون.

والرابع: أن اليمـين ترد على المدعى عليه وحده فإن حلف برىء وإن نكل غـرم ولا يلزم العاقلة بنكوله شىء وهو رواية ابن وهب.

والخامـس: أن الأيمان ترد على العـاقلة فإن حلفت بـرئت وإن نكلت غرمت نصف الدية قـاله ربيعة، انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (٤/ ٢٩٥).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

وكذلك قاتل العمد إذا عفى عنه. وإذا ادعى ولاة القتل على جماعة اختاروا واحداً يقسمون عليه ويقتلونه.

وإذا اختلف ولاة الدم فى صفة القتل: فقال بعضهم: [خطأ وقال بعضهم: عمداً أقسموا على القتل وكانت لهم الدية، فإن قال بعضهم][١]: عمداً وقال الآخرون: لا علم لنا بقتله لم يقسم أحد منهم، وإن قال بعضهم: خطأ، وقال الآخرون: لا علم لنا أقسم مدعو القتل وأخذوا حقوقهم من الدية[٢]، وقال شيخنا أبو بكر: القياس ألا يقسموا، ولا قسامة فى عبد ولا أمة ولا ذمى ولا فى جراح ولا فى من وجد قتيلاً فى محلة قوم.

وإذا اقتتلت قبيلتان فوجد بينهما قتيل ففيها روايتان: إحداهما: أن وجوده بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله ويقتلونه، والأخرى أنه لا قسامة فيه، فإن كان من إحدى الفريقين فعقله على الأخرى، وإن كان من غيرهما فعقله عليهما[٣]، ويجلب فى القسامة إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من كان من أعمالها دون ما زاد على ذلك، والقسامة فى الخطأ واجبة لورثة المقتول من الرجال والنساء يحلف فيها الواحد وحده العصبة وغير العصبة والزوج والزوجة، والأيمان على قدر مواريثهم ويجبر كسرها على من عليه أكثرها، وإذا قال المقتول: قتلنى فلان خطأ ففيها روايتان: إحداهما: أنه لوث والأخرى: أنه ليس بلوث.

فصل

وإنما قلنا: إن الحكم بالقسامة واجب لأن النبى ﷺ حكم بها[٤] على ما سنبينه، ولأن فى ترك الحكم بها إضاعة الدماء لأن من يريد قتل غيره إنما يتعمد به مواضع الخلوات[٥] التى يأمن فيها من يراه بالغالب، فلو لم يحكم فيها باللوث لم يشأ من يريد قتل غيره ويأمن من أن يأخذ به إلا وفعل من غير تعذر عليه فى الغالب، وقد روى أن القسامة

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٢١)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٨٩).

(٣) ذكرهما الشيخ ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٢٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٣٩) ح (٦٨٩٩)، ومسلم فى القسامة (٣/ ١٢٩٧) ح (١٢/ ١٦٧١).

(٥) ثبت فى (ب) الخلو.

كانت فى الجاهلية فأقرها النبى ﷺ[١]، وإنما قلنا: إن أولياء الدم يبدؤون باليمين خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الأوليـاء لا يحلفون وإنما الأيمان على المدعى عليهم[٢]، لقوله ﷺ للأنصار «أتحلفون خمسين يمينًا وتستحقون دم صاحبكم قالوا: لم نحضر، قال: فتحلف لكم اليهود، فبدأ الأولياء بالأيمان فلما نكلوا عدل بها إلى المدعى عليهم»[٣] ولأن الأيمان فى الأصول تجب على أقوى المتداعيين سببًا والأولياء قد قوى سببهم باللوث الذى يغلب معه على الظن صدقهم فيه فكانت اليمين فى جنبهم.

وإنما قلنا إن أقل من يحلف اثنان لأن أيمان الأولياء أقيمت مع اللوث مقام البينة فلما لم يكف فى البينة شهادة واحدة فكذلك لا يكفى فى الأيمان واحد، وكذلك روى فى الحديث أنه ﷺ عرضها على الجماعة فقال: أتحلفون وتستحقون.

وإنما قلنا: إن الأيمان إلى العصبة فى دعوى دم العمد لأنه ليس طريقها الميراث لأنها مستحقة بالنصرة والولاية كالنكاح فهو كذلك تعقل عن القاتل عصبته دون سائر ورثته، وإنما قلنا: إن الأيمان خمسون يمينًا لقوله ﷺ للأنصار: «يحلفون خمسين يمينًا»[٤]، ولا خلاف فى ذلك، وإنما قلنا: إن الأيمان ترد عليهم لأنا لو أحلفنا كل واحد خمسين لكانت أيمان القسامة أكثر من خمسين ولم تكن مقدرة وذلك غير صحيح.

وإنما قلنا: إنها على عدد الرؤوس لأنه ليس طريقها الميراث فيتساوون فى كل الأحكام، وإنما قلنا: إنهم يستحقون الدم إذا حلفوا خلافًا للشافعى فى قوله: لا يستقاد بها الدم[٥] وقوله ﷺ: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم»[٦]، وروى: «قاتلكم»[٧]، وقوله «تقسمون خمسين يمينًا على رجل منهم أدفعه إليكم برمته»[٨] ولأنها حجة ثبت

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١١٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥٦٤).

(٣) أخرجه البخارى فى الأحكام (١٣/ ١٩٦) ح (٧١٩٢)، ومسلم فى القسامة (٣/ ١٢٩٤) ح (٦/ ١٦٦٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر الأم للشافعى (٦/ ٧٨) وهو قول الشافعى القديم، أما الجديد فإنه يقاد بالقسامة. انظر روضة الطالبين (١٠/ ٢٣).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

بها قتل العمد فوجب أن يستحق بها قتل من ثبت عليه كالشهود.

[وإنما قلنا: إنه لابد من لوث يحلفون معه لأن الأيمان فى الأصل على المدعى عليهم لأنهم أقوى سببًا، ولأنهم بريئون فى الأصل فوجب اعتبار سبب تقوى له جنبة الأولياء ليتمكن نقل الأيمان إليهم دون مجرد الدعوى][١].

فصل

وإنما قلنا: إن قول المقتول فى العمد دمى عند فلان لوث خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لقوله تعالى: ﴿فقلنا اضربوه ببعضها﴾ [البقرة:٣٧] والقصة معروفة فى الرجل الذى قتله ابن أخيه ورمى أهل القرية بقتله فأمر الله تعالى بذبح[٤] بقرة وبضرب المقتول ببعضها فإنه يحيى ويخبر بقاتله ففعلوا ذلك فحيى المقتول وقال: قتلنى ابن أخى، فصار ذلك أصلاً فى قبول قول المقتول وتأثيره فى الحكم بدمه، ولأن اللوث سبب ينضم إلى دعوى أولياء المقتول يقوى به دعواهم، وحال الموت حال تقرب إلى الله تعالى وإقلاع عن المعاصى وتوبة من الذنوب هذا هو الظاهر من المسلمين والعادة فيهم فلا يتهمون فى الحال بتزويرهم عند ورودهم على الله، وقتل النفس المحرمة وسفك الدماء المحظورة، ولأنه ليس [أحد][٥] أعدى للإنسان من قاتله فلا يجوز أن يظن به دعوى الدم وغيره.

وإذا ثبتت هذه الجملة كان قوله: دمى عند فلان أمارة قوية فى صدقه، فكان للأولياء أن يحلفوا معه، وإنما شرطنا أن يكون بالغًا لأن الصبى لا حكم لقوله ولا يقتل بدعواه، وشرطنا أن يكون مسلمًا لأن الذمى لا قسامة فيه على ما نبينه، وشرطنا أن يكون حرًا لأن العبد مال والقسامة لا تكون فى مال ولم نشرط أن يكون عدلاً ولا ذكرًا لأن الأيمان لا يراعى فيها ذلك، ولأن الغالب من المسلمين عند الموت انتفاء التهمة وتحرى الصدق.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) انظر المبسوط للسرخسى قيد الطبع بتحقيقنا، وهو قول الثورى والأوزاعى وأحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٢٣).

(٣) ذكره الإمام النووى فى الروضة. انظر روضة الطالبين (١٠/١١).

(٤) فى (ب،هـ) أن تذبح.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب،هـ).

فصل

وإنما قلنا إن الشاهد العدل لوث لأنه يقوى الظن به، ولأن له تأثيرًا في الأصول في نقل اليمين إلى جنبة المدعي، وسواء رآه أو رأى آثار القتل على من يدعي عليه الدم لأن كل ذلك تقوى معه الدعوى، ووجه قوله في غير العدل وفي جماعة النساء إن [شهادتهم][1] لوث فلأن الدعوى تقوى بها، ولأن الغالب من حال الجماعة الذين ظاهرهم الإسلام والحرية أنهم لا يشهدون الزور في الدم.

ووجه قوله إنها ليست بلوث أن شهادة النساء لا مدخل لها في إثبات الحقوق فلم يكن لوثًا، وإنما قلنا لولاة الدم أن يستعينوا بغيرهم من العصبة فيخففوا عنهم فلأن كلهم عصبة وأهل نصرة والأيمان لهم وكذلك للمدعى عليه أن يستعين بغيره من عصبته فيحلف معه إلا أن يدعى الدم على جماعة فلا يبرأ كل واحد منهم إلا بأن يحلف خمسين يمينًا، ووجه قوله إن الأولياء إذا كانوا أكثر من خمسين حلف [كل][2] واحد يمينًا واحدًا لأن الأيمان حق على كل من كان له نصيب في الدم فوجب أن يحلف كل واحد، أصله إذا كانوا خمسين رجلاً، ووجه قوله يحلف منهم خمسون فقط أن الخمسين يمينًا حاصلة فلم يحتج إلى زيادة عليها، أصله إذا كانوا خمسين أو أقل.

وإنما قلنا إن نكول المستعان بهم لا يؤثر لأنه لا حق لهم في ولاية الدم ألا ترى أن الدم يستحق مع عدمهم، وكل من لا حق له في ولاية الدم لم يتعلق سقوط الدم به، ووجه قوله إنه إذا نكل بعض ولاة الدم فلمن بقي[3] أن يحلفوا أو يستحقوا من الدية بقدر أنصبائهم فلأن بنكولهم لم يسقط حق غيرهم في قتل الخطأ.

وإنما قلنا إن الواجب يكون دية لا دمًا لأن الدم لا يتبعض فإن سقط بعضه تعذر أخذ البعض وصار إلى الدية، ووجه قوله إنه ليس لمن بقي أن يحلف وترد اليمين على المدعى عليهم هو أن الحق لجماعتهم فليس بعضهم بإثباته بأولى من بعض وإذا ردت على المدعى عليه: فإن كان واحدًا لزمه أن يحلف خمسين يمينًا لقوله (أو تبريكم يهود بخمسين يمينًا)[4]، ولأنها أيمان تعلقت بإحدى جنبتي القسامة فكانت خمسين يمينًا،

(١) ثبت في الأصل (شهاتهم) ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) ثبت في (أ) فإن الباقين.
(٤) تقدم تخريجه.

أصله فى جنبة المدعين، ولو كانت الدعوى على جماعة حلف كل واحد خمسين يمينًا لأنه يريد إبراء نفسه من الدم فالبراءة من الدم لا تكون بأقل من خمسين.

ووجه قوله إن المدعى عليه إن نكل حبس حتى يحلف فلأن يمينه استظهار، ولأنه لم يتقدمه ما يستحق عليه به مع نكوله حكم وإن طال حبسه خلى لأنه لم يتجه عليه حكم لأن ولاة الدم أضعفوا سببهم وأتمموا[1] دعواهم بنكولهم، ووجه قوله إن الدية تلزمه فى ماله أن نكوله بمنزلة اعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافًا فكانت الدية فى ماله، ولأنه قد اتفق سببان موجبان للحكم وهما اللوث ونكول المدعى عليه فوجب أن يحكم عليه.

وإنما قلنا إنه إذا عفا بعضهم بعد الأيمان كان لمن يعفو أنصباؤهم من الدية لأن القود يتعذر مع عفو من عفا، ولا يجوز أن يبطل الدم بعد استحقاقه فى حق من لم يعف والقود إنما تعذر مع استحقاق بدل الدم فلم يبق إلا الدية، ووجه افتراق الولد والإخوة ومن بعد من العصبات أن قرب الولد والإخوة أمس ورحمهم آكد بدلالة أنهم يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولهم من المزية ما ليس لغيرهم فلم يكن نكول غيرهم مؤثرًا فى سقوط القود، ووجه التسوية بينهم اتفاقهم فى ولاية الدم كالولد والإخوة.

وإنما قلنا لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد خلافًا للشافعى[2]، لقوله ﷺ: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته»[3]، ولأن القسامة أضعف من الإقرار والبينة، ولأن الردع يحصل بقتل واحد منهم.

إذا ثبت أنه يقتل واحد فقط فلا دية على الباقين خلافًا لمن قال [بقسط تقسيط المقتول][4] ويلزم الباقون بقسطهم لأن الباقين لم يثبت عليهم الدم لا بقسامة ولا بغيرها فلا وجه لإلزامهم الدية.

---

(١) ثبت فى (أ،هـ) اتهموا.

(٢) وهو قول الشافعى القديم حيث إنه لا فرق فيه بين أن تكون الدعوى على واحد أو جماعة كالبينة وخرج ابن سريج على القديم أن الولى يختار واحدًا منهم فيقتله قصاصًا ولا يقتل الجميع. والجديد أنه لا يجب القصاص بالقسامة. انظر روضة الطالبين (١٠/٢٣)، انظر مغنى المحتاج (٤/١١٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (هـ) يسقط بقسطه عن المقتول.

وإنما قلنا يضرب من عفى منهم[١] مائة ويحبس سنة لأنه قد روى قاتل العمد إذا عفى عنه ضرب مائة وحبس سنة، ولأنه قد كان يجوز أن يقتل بأن يقسم عليه فلما لم يقتل وجب تأديبه وكان معتبراً بالزانى أن الزنا لما كان مع الإحصان يوجب القتل كان إذا عرى من الإحصان يوجب ضرب مائة وحبس سنة.

وإنما قلنا إن الدم إذا ادعى على جماعة أقسم كل واحد لقوله «يقسم خمسون منكم على رجل منهم»[٢]، ولأنه إنما يقسم عليه ليقتل فإذا لم يقتل أكثر من واحد فلا فائدة فى القسامة على أكثر منه.

وإنما قلنا إن اتفاق ولاة الدم على القتل واختلافهم فى صفته يوجب لهم القسامة وأخذ الدية، لأن القتل يثبت بدعواهم له وأيمانهم، مع اللوث وأكثر ما فى اختلافهم أنه يتعذر معه القود فيصير إلى الدية، فأما إذا ادعى بعضهم العمد ولم يدع الباقون قتلاً فلا قسامة لأنها إنما تثبت[٣] باتفاق الأولياء، دون اختلافهم، ووجه قول مالك أن من ادعى منهم الخطأ أقسم مع جحد الباقين لأن الواجب بقتل الخطأ مال وذلك لا يفتقر إلى اتفاق الأولياء، ووجه ما قاله شيخنا اعتباراً بالعمد، وإنما قلنا لا قسامة فى عبد ولا أمة خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى[٥]، لأنه مال والأموال لا يثبت إتلافها بالقسامة كالحيوان والعروض.

وإنما قلنا لا قسامة فى ذمى لنقصان حرمته عن المسلم والقسامة وضعت حراسة للدماء وحفظًا لها، ولأن بالعبد لما لم تكن فيه قسامة مع زيادة حرمته بالدين فالكافر[٦] مع نقصه بالكفر أولى، وإنما قلنا لا قسامة فى جراح لأن السنة جاءت بها فى القتل،

---

(١) ثبت فى (ب،هـ): من بقى.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) ثبتت.

(٤) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وعند أبى يوسف: فلا قسامة فيه ولا دية لأن العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث إنه مال. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٨٨)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٨١).

(٥) وهو أحد قولين عند الشافعى. وهو الأظهر كما قال الشيخ الخطيب الشربينى. والثانى: لا قسامة فيه بناء على أن بدله لا تحمله العاقلة. انظر مغنى المحتاج (٤/ ١١٤)، انظر روضة الطالبين للنووى (١٠/ ١٠).

(٦) ثبت فى (ب) فكا لكافر.

ولأن حرمة الجراح أخفض من حرمة النفس ألا ترى أنه لا كفارة فيها.

وإنما قلنا إنه لا قسامة فيمن وجد قتيلاً فى محلة قوم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه لوث إذا كان به أثراً[١] اعتباراً به إذا لم يكن به أثر.

ووجه قولنا فى القتيل بين الفئتين أنه يقسم معه أنه يغلب على الظن بحصوله مقتولاً بينهما أن قتله لم يخرج عنهما فكان ذلك لوثًا يوجب القسامة لأوليائه، وهذا كله إذا كان القتال على غير تأويل دين فإن كان بخلاف ذلك فلا قسامة ولا دية ولا قود.

ووجه قوله إنه لا قسامة فيه أن القسامة لا تكون إلا مع لوث فى مشار إليه معين فإذا ثبت أنه لا قسامة، فديته على الفئة التى نازعت إن كان من الأخرى، وعليهما إن كان من غيرهما لعلمنا بأن الطائفتين إنما نصبتا للحرب واقتتلتا وشهرتا السلاح قام كل فريق لا يقتل أصحابه، وإنما يطلب أعداءه وخصومه وقد علمنا أن قتله لم يخرج عنها فكانت ديته عليهما إذ ليس إحداهما بأولى من الأخرى.

وإنما قلنا يجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من أعمالهما فى القسامة تعظيمًا لحرمة الدماء وليرتدع مدعو الدماء إن كانوا مبطلين فى دعواهم تعظيمًا للكعبة، ولقبر النبى، ومنبره وإكباراً لحرمة هذه المواضع أن يحلفوا الأيمان فيها على سفك الدماء الحرام، ولا يجلب إلى غيرها إلا من اليسير لأنه ليس لغيرها من الحرمة مثل ما لها.

وإنما قلنا إن جميع الورثة يقسمون فى الخطأ أن عدد[٢] الأيمان بقدر المواريث لأن الواجب بها ما يرثونه كسائر التركة فاحتاج كل من له حق ميراث إلى تبيينه، وإنما قلنا إذ كسرها يجبر لأن اليمين لا تتبعض فوجب تكميلها وكان من عليه أكثرها أولى بذلك.

وإنما قلنا إن قوله قتلنى فلان خطأ لوث اعتباراً بقوله قتلنى عمداً[٣]، ووجه التفريق بينهما أن حرمة الدم أغلظ من حرمة المال، وفى الخطأ يتهم أن يريد نفع ولده بإيصال المال إليهم وهو أمر يمكن تلافيه والدم لا يمكن تلافيه، والأول أقيس وهو قول ابن القاسم وأشهب.

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار (٤/ ١١٥)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١١٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥٦٤).

(٢) ثبت فى (أ) أو أن.

(٣) ثبت فى (أ) هذا.

باب

والدية موروثة كسائر التركة كانت عن خطأ أو عمد تغليظ، لأنها مال للمقتول إذ هى بدل عن نفسه ألا ترى أنه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وروى الضحاك بن سفيان أن النبى ﷺ كتب إليه أن يُورِّث امرأة أشيم الضبابى من تركة زوجها[1].

فصل

ولا يرث قاتل العمد ولا يحجب، وقاتل الخطأ يرث من المال ولا يحجب فى الدية، وهذا يرد فى المواريث.

فصل

والكفارة فى قتل الخطأ واجبة[2] ولقوله تعالى: ﴿**ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة**﴾ [النساء:٩٢]، [ولا خلاف فيه[3]، ولا تجب الكفارة فى قتل عمد خلافًا للشافعى[4]، لقوله تعالى: ﴿**ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة**﴾ [النساء:٩٢]][5] فدل أن العمد بخلافه، ولأنه معنى موجب للفعل فلم يجب على قاتله كفارة كالزنا مع الإحصان، ولأن الكفارة لتغطية الذنب والمأثم، وقتل المؤمن عمدًا أعظم من أن يكفره.

---

(١) ثبت فى (ب) والأولى.

(٢) أخرجه أبو داود فى الفرائض (٣/ ١٢٩) ح (٢٩٢٧)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨٣) ح (٢٦٤٢)، والترمذى فى الديات (٤/ ٢٧) ح (١٤١٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح. ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٦٦) ح (٩).

(٣) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ الكفارة. انظر الإشراف (٣/ ١٣٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٣٧).

(٤) ذكره الإمام النووى فى الروضة. وقال: وحكى الرويانى وجهًا ضعيفًا عن رواية أبو على بن أبى هريرة والطبرى أنه إذا اقتص من المتعمد فلا كفارة فى ماله. انظر روضة الطالبين (٩/ ٣٨٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ١٠٧). وهو قول الزهرى ورواية عن أحمد. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٤٠).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

ولا كفارة فى قتل عبد خلافًا للشافعى[١] لأنه مال مقوم فلم تجب بإتلافه كفارة كالبهائم.

فصل

لا كفارة فى قتل كافر خلافًا لمن أوجبها[٢] لقوله تعالى: ﴿**ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة**﴾ [النساء:٩٢] فدل على أن الكافر بخلافه، ولأن الكفارة فى قتل المؤمن لحرمته وتحريم دمه وذلك غير موجود فى الكافر، ولأنها لم تجب بقتل العمد وهو مؤمن فكانت بأن لا تجب فى قتل الكافر أولى، واعتبارًا بالحربى والوثنى والمرتد.

فصل

وإذا قتل جماعة رجلاً مؤمنًا فعلى كل واحد كفارة خلافًا لمن قال كفارة واحدة[٣]، لقوله تعالى: ﴿**ومن قتل مؤمنًا خطأ**﴾ [النساء:٩٢] فعمَّ الاشتراك والانفراد ولأنه قاتل خطأ فأشبه المنفرد.

فصل

والكفارة: إعتاق رقبة، وصيام، ولا إطعام فيها وشرط الإعتاق أن تكون رقبة ليس فيها شرك ولا عقد[٤] من عقود العتق، وقد بيّنا ذلك فى الأيمان والظهار وكذلك فى الصوم.

---

(١) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٩/ ٣٨٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/١٠٨).

(٢) قال أكثر أهل العلم: تجب الكفارة بقتل الكافر المضمون. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٣٨).

(٣) وهو قول أبى ثور والأوزاعى ، وهو رواية عن أحمد بن حنبل ، ورواه أبو على الطبرى عن الشافعى. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/١٣٧) انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٣٩)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٣٨١).

(٤) ثبت فى (ب) عفو.

باب

وفى جنين المرأة الحرة غرة[١] عبد أو أمة لأن النبى ﷺ حكم بذلك فى الجنين[٢] إذا قتل فى بطن أمه، تكون قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم ليكون بقدر عشر دية أمه كما يعتبر جنين الأمة بعشر قيمتها، ولا خلاف فى ذلك إلا أن أبا حنيفة يقول قيمتها خمسمائة درهم[٣] لأن عنده أن دية الأم خمسة آلاف، وحكى عن قوم أنهم قالوا لا شىء فى الجنين[٤]، وهذا غلط لما رويناه من أنه ﷺ قضى فيه بغرة، وفى حديث أبى هريرة فى المرأتين لما ضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها أنه ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتلة وقضى فى الجنين بغرة فقال المقضى أرأيت من لا شرب ولا أكل ولا صاح ولا استهل أليس مثل ذلك يطل فقال رسول الله ﷺ: «أسجع كسجع الجاهلية»[٥] وقضى فيه بغرة.

[فصل

ودية الجنين موروثة على حسب المواريث، خلافًا لما يحكى الليث بن سعد إن كان قاله أنها للأم وحدها[٦]، لأنها دية نفس آدمى مقتولة فكانت لجميع ورثتها، أصله إذا انفصل حيا][٧].

---

(١) الغرة فى اللغة: بياض فى الجبهة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/١٠١). وفى الشرع: دية الجنين المسلم الحر حكمًا يلقى غير مستهل بفعل آدمى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٦٢٣/٢).

(٢) أخرجه البخارى فى الديات (٢٥٧/١٢) ح (٦٩٠٤)، ومسلم فى القسامة (١٣٠٩/٣) ح (٣٤/١٦٨١).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية. وهو استحسان عند الأحناف. انظر الهداية للمرغينانى (٥٣٥/٤،٣)، انظر الاختيار للموصلى (١٠٢/٤).

(٤) وهذا القول هو قياس قولا الأحناف حيث قال الشيخ المرغينانى: والقياس أنه لا يجب شىء لأنه لم يتيقن بحياته. انظر الهداية للمرغينانى (٥٣٥/٤،٣)، انظر الاختيار للموصلى (١٠٢/٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (٥٤٢/٩).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وفى جنين الأمة من سيدها [الحر][١] مثل ما فى جنين الحرة لأنه حر من حين[٢] خلق كجنين الحرة، وفى جنين الأمة من غير سيدها عشر قيمتها كما فى جنين الحرة عشر ديتها.

فصل

وفى جنين الكتابية من المسلم مثل ما فى جنين الحرة المسلمة، لأن حكمه حكم أبيه فى الدين فكان فيه نصف عشر دية أبيه على ما بيناه،

فصل

وفى جنين الكتابية من زوجها الكافر عشر ديتها ، كذلك المجوسية اعتبارًا بسائر دياتهم.

فصل

إذا استهل صارخًا ففيه الدية بكمالها، وتحملها العاقلة لأن حياته قد ثبتت فقاتله قاتل خطأ، فإن ضرب عمدًا ففيه القود بالقسامة[٣] ومن قتل جنينين ففيهما غرتان، ولو ماتت الأم ثم خرج الجنين بعد موتها ميتا فلا شىء فيه خلافًا للشافعى فى إيجابه الغرة فيه[٤]، ولأن تلفه قبل الانفصال كتلف بعض من أبعاضها فيكون تابعًا لا حكم له.

فصل

وإذا طرحت الأمة جنينها فاستهل صارخًا ثم مات ففيه قيمته لأنه عبد كالكبير، وإن لم يستهل صارخًا [ثم مات][٥] ففيه عشر قيمة أمة[٦] اعتبارًا بجنين الحرة أنه يكون معتبرًا بأمه.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) خير، وفى (أ) حر.

(٣) فى (أ) بالقسمة.

(٤) انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٢/٣٨٩)، وذكره الشيخ الخطيب الشربينى. انظر مغنى المحتاج (٤/١٠٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٢٣)، انظر حاشية العدوى (٢/٢٨٦).

باب

يحبط عمل المرتد[١] بنفس الردة[٢] من غير اعتبار بموته قبل التوبة أو بعدها، وفائدة ذلك أنه إذا عاد إلى الإسلام لم يلزمه قضاء الصلوات التى تركها فى ردته وكان عليه استئناف الحج ويكون حكمه حكم الكافر الأصلى إذا أسلم.

فصل

فأما سقوط قضاء ما ترك من الصلاة فى ردته خلافًا للشافعى[٣]، فلقوله تعالى: **﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾** [الأنفال:٣٨] فعمَّ، ولأنها صلاة متروكة فى حال كفره كالكافر الأصلى، أما استئناف الحج خلافًا للشافعى[٤]، فلقوله تعالى: **﴿لئن أشركت ليحبطن عملك﴾** [الزمر:٦٥] فأخبر أن الارتداد يحبط العمل فإذا انحبط لزمه إعادة الحج ، ولأنه أسلم عن كفر فلزمه الحج ، ولأنه أسلم كالكافر الأصلى [إذا أسلم][٥].

فصل

إذا اجتمع المرتدون ونصبوا راية الحرب وقاتلوا المسلمين وأتلفوا أموالاً ثم تابوا لم يؤخذوا بشىء من ذلك خلافًا لأحد قولى الشافعى[٦]، لأن أبا بكر الصديق والصحابة لم يضمنوا من رجع من [أهل][٧] الردة، ولأنها فئة ممتنعة أتلفت على وجه التدين فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب.

يستتاب المرتد ثلاثًا فإن تاب قبلت توبته وإن أبى قتل وكان ماله فيئًا للمسلمين[٨] ولا

(١) قال الفيروزآبادى: الردَّة من الارتداد وهو الرُّجوع. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٢٩٤). وفى الشرع: كفر بعد إسلام تَقَرَّر. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٣٤).

(٢) ثبت فى (ب) ارتداده.

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١/ ١٩٠)، المهذب (١/ ٥٠).

(٤) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب للشيرازى (١/ ١٩٥)، انظر مغنى المحتاج (١/ ٤٦٢, ٤٦٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) انظر روضة الطالبين (١٠/ ٥٥, ٨١)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ١٨٢).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) فى ب، هـ . جماعة المسلمين.

يرثه ورثته المسلمون ولا أهل الدين الذى ارتد إليه، وسواء ما ملك قبل ردته أو ما كسبه حال ردته.

وإنما قلنا يستتاب ثلاثًا لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه بلغه أن رجلاً ارتد فقتل قبل أن يستتاب فأنكر[1] ذلك وقال: هلا حبستموه ثلاثًا وأطعمتوه كل يوم رغيفًا فإن تاب وإلا قتلتموه، اللهم لم أمر ولم أرض إذ بلغنى[2]، ولا مخالف له، ولأنه يجوز أن يكون عرضت له شبهة فإذا روجع وذكّرناه الإسلام زال عنه، ولأن من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار.

وإنما قلنا إن توبته تقبل، خلافًا لمن حكى عنه أنها لا تقبل[3]، لقوله تعالى: ﴿**وهو الذى يقبل التوبة عن عباده**﴾ [الشورى:٢٥]، وقوله: ﴿**قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف**﴾ [الأنفال:٣٨]، وقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم»[4]، ولأنها توبة عن كفر يظهر كالكافر الأصلى، وإنما قلنا إنه إذا لم يتب قتل لقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[5]، ولا خلاف فى ذلك[6].

وإنما قلنا إن المرتدة تقتل خلافًا لأبى حنيفة[7]، لعموم الخبر لأن كل من جاز أن يقتل بالقتل جاز أن يقتل بالردة كالرجل، ولأنه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة

---

(١) ثبت فى (أ) (فما أنكر).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٣٥٩) ح (١٦٨٨٧).

(٣) وهم القائلون بأنه يقتل ولا يستتاب وهو قول عبيد بن عمير وطاوس وهو قول لعطاء فيما إذا كان مسلمًا ممن ولد فى الإسلام ثم ارتد لم يستتب ويقتل وهو رواية عن أحمد. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٥٦)، المغنى لموفق الدين (١٠/ ٧٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ١٧٣) ح (٣٠١٧)، وأبو داود فى الحدود (٤/ ١٢٤) ح (٤٣٥١)، والترمذى فى الحدود (٤/ ٥٩) ح (١٤٥٨) قال: هذا حديث حسن صحيح والنسائى فى التحريم (٧/ ٩٦) باب (الحكم فى المرتد) وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٤٨) ح (٢٥٣٥)، وأحمد فى المسند (١/ ٣٦٨-٣٦٩) ح (٢٥٥٥).

(٦) ذكره ابن المنذر. وقال: وأجمع أهل العلم بأن العبد إذا ارتد فاستتيب فلم يتب قتل ولا أحفظ فيه خلافًا. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١٢٢)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٧٦).

(٧) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٥٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ١٣٥).

كالقتل وإنما قلنا إنه لا يورث وأن ماله فيء خلافًا لمن قال إنه يورث[١]، لقوله ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»[٢] ولأنه ممن لا يرث بحال فلم يورث كالعبد، ولأنه مات كافرًا فلم يرثه مسلم كالكافر الأصلي، وإنما لم نفصل ما بين ما ملكه قبل ردته أو في حالها خلافًا لأبي حنيفة في قوله أن يورث عنه ما كان له قبل الردة دون ما كسبه فيها[٣]، لأن الخبر عام، ولأنه مال مات عنه فأشبه ما كسبه حال ردته.

فصل

لا تقبل توبة الزنديق: وهو الذي يُسِرُّ الكفر ويظهر الإسلام خلافًا للشافعي[٤]، لأنا لا نصل إلى العلم بتوبته لأنه لم يكن له ظاهر يرجع عنه فيستدل منه على تركه له، ولأن التوبة من المعصية المستتر بها لا تسقط [الحد][٥] الواجب فيها كالزنا والسرقة.

وإذا انتقل الكافر من ملة إلى ملة أخرى من الكفر لم يتعرض له خلافًا للشافعي في قوله أنه يقتل إذا لم يسلم[٦]، لأن الدين الذي انتقل إليه مما يجوز الإقرار عليه فجاز أن يقر عليه الانتقال كما لو كان ابتداء، ولأنه لو كان يعقوبيًا فصار نسطوريًا لم يتعرض له لأنه انتقال من كفر إلى كفر فكذلك إذا انتقل من النصرانية إلى اليهودية.

---

(١) وهو قول الليث بن سعد وإسحاق بن راهويه والنعمان وروى هذا القول عن على بن أبى طالب والحسن البصرى والشعبى والحكم. وقال الأوزاعى: إذا كان فى دار الإسلام قتل وقسم ماله بين ورثته. وعن الإمام أحمد رواية: أن ماله لورثته من المسلمين أيضًا وعنه أيضًا: أن ماله لقرابته من أهل الدين الذى انتقل إليه وهو قول أبى يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٦٣، ١٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٨١)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٩٣٤).

(٢) أخرجه البخارى فى الفرائض (١٢/ ٥١) ح (٦٧٦٤)، ومسلم فى الفرائض (٣/ ١٢٣٣) ح (١/ ١٦١٤).

(٣) وهذا قول سفيان الثورى أيضًا. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٤٩)، انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٤٥٩)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٦٣، ١٦٤).

(٤) وهو أحد قولى الشافعى. وهذا القول مروى عن على بن أبى طالب وبه قال عبيد الله بن الحسن وهو قول ابن المنذر. انظر روضة الطالبين (١٠/ ٧٥)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ١٤٠، ١٤١)، انظر الإشراف (٣/ ١٦٢، ١٦٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) انظر الأم (٦/ ١٤٨).

باب

والسحر[١] له حقيقة خلافًا لمن نفاه[٢]، لقوله تعالى: ﴿**ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر**﴾ [البقرة:١٠٢] فجعلهم كفرة، فثبت أن له حقيقة فإذا فعل السحر بنفسه لم يستتب فإن قال قد تبت لم تقبل توبته خلافًا للشافعى[٣]، لأنه مستتر به فلا تقبل التوبة منه كالزنديق[٤]، ولأن علمه به وفعله له كفر عندنا بدليل قوله تعالى: ﴿**إنما نحن فتنة فلا تكفر**﴾ [البقرة:١٠٢] أى لا تتعلم السحر، ولأن الآلام الواصلة إلى الحيوان التى تضر بهم وتقتلهم[٥] من فعل الله تعالى وهو المنفرد بالقدرة عليها واعتقاد الإنسان أن ذلك فعله وأنه قادر عليه كفر. وأما إذا دفع شيئًا إلى من عمل له السحر فلا يقتل لأنه ليس بساحر بهذا الفعل وهو كمن دفع مالاً إلى رجل ليقتل له إنسانًا فلا يقتل الدافع للمال ولا يكون قاتلاً بذلك.

---

(١) السحر فى اللغة: كل ما لطف مأخذه ، ويقال : سَحَر كمنع خَدعَ. انظر القاموس المحيط (٢/ ٤٥)، وفى الاصطلاح: هو أمر خارق للعادة مسبب عن سبب معتاد كونه منه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٣٥).

(٢) وهو قول معتزلة المتكلمين والمغربى من أهل الظاهر وأبو جعفر الإستراباذى من أصحاب الشافعى وقال بعض أصحاب أبى حنيفة: إن كان يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شىء فلا يجوز. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٩٣)، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٢٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١١٣).

(٣) ذكره الماوردى فى الحاوى. انظر الحاوى الكبير (١٣/ ١٦٥)، وقال الشيخ الشيرازى يقتل كما يقتل المرتد. أى: حكمه حكم المرتد فى استتابته فإن تاب وإلا قتل. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٢٤).

(٤) فى (ب) كالزندقة.

(٥) ثبت فى (ب) تقيلهم.

باب

والمقتول من الفئة الباغية يغسل ويصلى عليه خلافًا لأبى حنيفة[1]، لأن بغيه لا يخرجه عن أحكام الملة كالعدل، ولا يتبعون فيما استهلكوا من مال ولا دم إذا كان القتال على تأويل دين لإجماع الصحابة على ذلك فى قتال[2] يوم الجمل وصفين[3] وهما من وقائع الإسلام، ولأنها فئة امتنعت وأتلفت بتأويل فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب إذا أتلفوا مالاً على المسلمين.

---

(١) فى أنه قال: لا يصلى عليهم وإنما يغسلون ويكفنون ويدفنون لأن ذلك من سنة موتى بنى آدم. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١٤٢/٧)، انظر الهداية للمرغينانى (١٠٢/٢,١).

(٢) ثبت فى (ب) قتل.

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣٠٩/٨ ـ ٣١٠) ح (١٦٧٣٩).

باب

المحارب[1] هو: القاطع للطريق المخيف للسبيل الشاهر للسلاح الطالب للمال فإن أعطى وإلا قاتل عليه كان فى المصر أو خارج المصر، فهذا إذا ظهر عليه قبل توبته أقيم عليه حد الحرابة: وهو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف أو النفى أو الحبس، وذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم على ما يراه كافيًا فى ردعه وزجره، فإن كان ذا قوة وبطش ورأى وتدبير ويجتمع إليه ويتحيز إلى جهته فهذا حدهُ القتل، [وإن كان ذا قوة وبطش فقط: قطع من خلاف، وإن كان الذى ليس فيه ذلك وإنما فعله مرة ولعله أن يتوب فهذا يضرب على ما يراه الإمام وينفى فيحبس بغير بلده][2] إلى أن تظهر توبته، ويجوز قتل المحارب وإن لم يكن قتل، وإذا جاء تائبًا قبل القدرة عليه سقط عنه حد الحرابة وأخذ بحقوق الناس [قبله][3] من قتل وقطع وأخذ مال.

ويقتل فى الحرابة المسلم بالكافر والحر بالعبد، ولا يجوز فيه لولى الدم عفو، وحكم اللص وحكم المحارب، وللرجل أن يمانع عن نفسه وماله فإن قتل فشهيد وإن آل إلى قتل اللص فهدر لا شىء فيه.

فصل

قد بينا أن حكم المحارب على التخيير، وأنه موكول إلى اجتهاد الإمام، وقال أبو حنيفة[4] والشافعى هى على الترتيب[5] فلا يقتل من لم يقتل ولا يصلب ولا يقطع فإن

(١) المحارب فى اللغة واحد المحاربين وهو اسم فاعل من حارب وهو فاعل من الحرب قال ابن فارس: الحرب اشتقاقها من الحرَب يعنى بفتح الراء وهو مصدر حَرَب ماله أى سلبه والحريب: المحروب ورجل مِحْرَبٌ أى: شجاع. انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣٧٦)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٥٣).

وفى الشرع: الحرابة الخروج لإخافة سبيل لأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو لذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لإمْرةٍ ولا نائرة ولا عداوةٍ. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٥٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٣/ ٣٠٧)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٩٣).

(٥) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (١٣/ ٣٥٣).

قتل ولم يأخذ مالاً قتل فقط ولم يقطع ولم يصلب، وإن أخذ مالاً ولم يقتل قطع، وإن قتل وأخذ المال قال أبو حنيفة: الإمام مخير إن شاء جمع القطع والقتل وإن شاء جمع القطع والصلب [ثم قتل بعد الصلب، وإن شاء جمع بين القتل والصلب[1]][2]، وقال الشافعي يقتلهم خنقًا ويصلبهم[3]، فدليلنا على أن له أن يقتله، وإن لم يكن قتل قوله تعالى: **﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادًا أن يقتلوا أو يصلبوا﴾** [المائدة:٣٣] الآية، ولم يشترط أن يكونوا قتلوا، ولأنه خير بين هذه الحدود فدل على سقوط الترتيب، وروى أنه ﷺ قال: «من أشهر سيفه ثم وضعه وجب[4] دمه»[5] وإنما قلنا إذا جاء تائبًا قبل القدرة عليه يسقط عنه حد الحرابة لقوله تعالى: **﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾** [المائدة:٣٣] فأخبر بأن التوبة قبل القدرة تسقط حد الحرابة لأنه استثناه ممن أخبر بأن جزاءه القتل وغيره.

وإنما قلنا إن حقوق الناس قبله لا تسقط لأن التوبة لا تأثير لها في حقوق الآدميين، ألا ترى أن من غصب رجلاً شيئًا وأتلفه ثم تاب فإن بدله واجب عليه كذلك القتل والجراح[6] وغيره، ولأن التوبة من هذه الأشياء إذا انفردت عن الحرابة لا تسقط حقوق الناس[7] المتعلقة بها فكذلك إذا انضمت إليها.

وإنما قلنا يقتل فيها المسلم بالكافر والحر بالعبد لأن ذلك ليس بقتل قصاص فيمتنع ويراعى فيه تكافؤ الدماء وإنما هو لحق الله ولذلك قلنا إنه لا عفو لولي الدم لأن قتله ليس لأجل البدل عن قتل وليه يدل عليه إذا سقط عنه القتل لحق الله وصار حينئذ قتل قصاص فثبت للولي حق العفو، وإنما قلنا إن حكم اللص حكم المحارب لأنه طالب للمال آخذ للنفوس غلبة فكان نوعًا من المحاربة، وإنما قلنا إن للإنسان دفعه عن ماله

(١) وخالفه في ذلك من أصحابه محمد بن الحسن. وقال: يقتل أو يصلب ولا يقطع، انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٤٢٣)، انظر بدائع الصنائع (٧/٩٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) انظر روضة الطالبين (١٠/١٥٦)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/٣٥٧).

(٤) ثبت في (ب) فقد وجب.

(٥) أخرجه النسائي في التحريم (٧/١٠٨) باب (من شهر سيفه ثم وضعه في الناس)، والحاكم في المستدرك (٢/١٥٩)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعي (٤/٣٤٧).

(٦) ثبت في (أ) والجروح.

(٧) ثبت في (ب) الآدميين.

ومنعه وأنه لا شيء فى قتله لقوله ﷺ: «من قتل دون ماله فهو شهيد»[١]، فلولا أن قتله بحق وإلا لم يكن شهيدًا بالقتل، وروى أن امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال: قتيل الله والله لا يودى أبدًا فأهدر عمر [رضى الله عنه][٢] دمه[٣] ولأنه إذا قصد غيره [ظلمًا][٤] طلبًا لقتله أو ماله فالمقصود مضطر إلى دفعه عن نفسه فكان اللص متعاونًا فوجب أن يهدر دمه.

(١) أخرجه البخارى فى المظالم (٥/ ١٤٧) ح (٢٤٨٠)، ومسلم فى الإيمان (١/ ١٢٤) ح (٢٢٦/ ١٤١).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٥٨٦) ح (١٧٦٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

باب

وإذا صال[1] الفحل[2] أو غيره من البهائم على الإنسان وخافه على نفسه فله دفعه عن نفسه: فإن أدى ذلك إلى قتله فلا ضمان عليه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه يضمنه، لأنه قتله بدفع مباح فلم يضمنه كالآدمى، ولأن حرمة الآدمى أعظم من حرمة البهيمة[3]، فإذا لم يضمن فى الآدمى ففى البهيمة أولى، وهذا إذا قامت له بينة بما يدعيه فأما إن لم يعلم إلا بقوله فإنه يضمن لأنه مقر بإتلاف مال غيره ومدع الإباحة وسقوط الضمان فلا يقبل قوله بدعواه.

فصل

ومن عض أصبع رجل فنزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه فعلى الجابذ ضمانه، وقال يحيى بن عمر من أصحابنا لا ضمان عليه وقاله أبو حنيفة[4] والشافعى[5].

فوجه قول مالك أن العاض لم يقصد النفس وإنما قصد العض نفسه والذى يستحق بإتلاف ذلك العض غير ما فعل به فوجب أن يكون كل واحد ضامنًا ما جنى على الآخر كمن قلع عين الرجل فقطع الآخر يده فإنهما ضامنان.

ووجه قول يحيى بن عمر أنه دفعه بدفع مباح فلم يضمن ما كان عليه، أصله إذا أراد النفس[6].

---

(١) الصيال فى اللغة: صَوْلُ البعير صَآلةً واثَبَ الناس أو صار يَقْتُل الناس ويعدو عليهم فهو جَمَلٌ صؤولٌ. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/٤).

(٢) الفحل فى اللغة: الذكر من كل حيوان، والجمع فحول وأفْحل. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢٨/٤).

(٣) ثبت فى (ب) البهائم.

(٤) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (٤٥٦/١٣).

(٥) ذكره الإمام النووى، انظر روضة الطالبين (١٨٨/١٠)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (٤٥٦/١٣).

(٦) ثبت فى (ب) نفسه.

فصل

وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان: إحداهما أنه يضمنه، والأخرى أنه لا يضمنه فإذا قلنا إنه يضمن فلأنه قاتل خطأ فوجب أن يضمن كغير الطبيب، وإذا قلنا إنه لا يضمن فلأنه يولد عن فعل مباح مأذون له فيه كالإمام إذا حد إنسانًا فمات.

فصل

من حفر بئرًا فى موضع ليس له أن يحفره فيه فعطب فيه إنسان فهو ضامن لأنه قاتل خطأ متعد بحفره فى ذلك الموضع، ولو كان فى موضع له حفره لم يلزمه ضمان، وكذلك ممسك الكلب العقور عليه ضمان ما تلف به من نفس أو مال، وكذلك صاحب الحائط المستهدم إذا أشهد عليه أو بلغ من الخوف على الناس من وقوعه إلى حيث يعلم ذلك من حاله[1]، ونكت جميع هذه المسائل تعديهم بتبقية جميع هذه الأشياء على الوجه الذى يتعدى أذاه إلى الغير وفعلهم من ذلك ما ليس لهم فعله فلزمهم ضمان ما يحدث عنه.

فصل

ولأهل المواشى إرسالها نهارًا المرعى، ويلزم أرباب الزرع والحوائط حفظها نهارًا فما أفسدته فلا شىء على أربابها لأنه مأذون لهم فى إرسالها لضرورتها إلى الرعى فالتفريط من قبل أرباب الحوائط بإهمالها وترك حفظها مع علمهم بكون المواشى مرسلة ولابد أن تعيث[2] وتفسد وأما ما أفسدته ليلاً فعلى أربابها ضمانه لأن عليهم حفظها ليلاً ومنع إرسالها وقال أبو حنيفة إن كان صاحبها معها فعليه الضمان وإن لم يكن معها فلا ضمان [عليه][3] فاعتبر فى الضمان كون صاحبها معها ولم يعتبر الليل ولا النهار[4]

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٢٢٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٥٦).

(٢) ثبت فى (ب) تعبث.

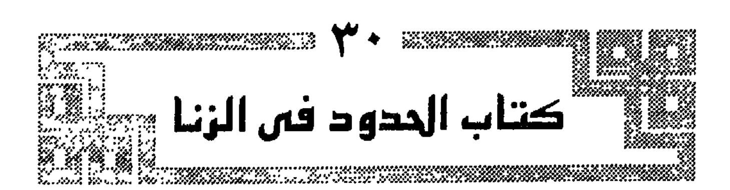
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال الشيخ حسن بن عمار بن على الوقائى الحنفى: وإلا أى: إن لم يكن بإذنه ضمن ما تلف مطلقًا أى: إذا كان معها كما هو ظاهر كلامه أو أدخلها وأما إذا لم يكن معها ولم يدخلها لا يضمن شيئًا كما فى التبيين، انظرحاشية الشيخ حسن بن عمار هامش غرر الأحكام لمنلا خسروا (٢/١١١)، الفتاوى الهندية (٦/ ٥٠).

ودليلنا حديث البراء أن ناقته دخلت حائطًا فأفسدته فرفع ذلك إلى النبى ﷺ فقضى أن على أهل الأموال حفظها نهارًا وعلى أرباب المواشى حفظها ليلاً[1]، ففرق بين الليل والنهار فسقط قول من لا يعتبرها، وقد فرقنا بينهما بما ذكرناه، وبالله التوفيق.

* * *

(١) أخرجه أبو داود فى البيوع (٣/٢٩٦) ح (٣٥٦٩) وابن ماجه فى الأحكام (٢/٧٨١) ح (٢٣٣٢)، والحاكم فى المستدرك (٢/٤٨).



٣٠
كتاب الحدود فى الزنا

حد[١] الزنا[٢] حدان: رجم وجلد، والزناة نوعان: ثيب وهو المحصن، وبكر هو الذى ليس بمحصن، فالرجم للمحصن والجلد للبكر، فإذا كان الزانى محصنًا رجم بالحجارة حتى يموت ولا يجلد مع الرجم رجلاً كان أو امرأة، وشروط الحصانة ثمانية: وهى البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والتزويج وصحة العقد، والوطء فيه، وأن يكون على وجه سائغ غير محظور فمتى انخرم بعض هذه الشروط لم يكن الواطئ [أو الموطوءة][٣] محصنًا ولم يرجم، وليس من شرط إحصان الزانى أن يكون المزنى بها محصنة ولا من شرط إحصان الزانية أن يزنى بها محصن فالصبية المطيقة تحصن البالغ وإن لم يحصنها، والمجنونة تحصن واطئها العاقل وإن لم يحصنها، وكذلك الكتابية يتزوجها المسلم والأمة، يتزوجها الحر يحصنانها وإن لم تحصنانهما.

والصبى الذى يطيق الوطء لا يحصن البالغة بخلاف الصبية المطيقة للوطء، والمجنون إذا زوج من عاقلة ووطئها أحصنها، وكذلك العبد يتزوج[٤] الحرة، والنكاح الفاسد لا يحصن وإن وطئ فيه على الوجه المباح[٥]، والوطء على الوجه المحظور كالوطء فى الحيض أو فى الإحرام أو الصوم والاعتكاف أو ما أشبه ذلك لا يحصن وإن كان العقد

---

(١) الحد فى اللغة: الحاجز بين الشيئين ومنتهى الشىء ومن كل شىء حدَّته وبمعنى: الدَّفع والمنع وتاديب المُذْنب بما يمنعه وغيره عن الذَّنب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/٢٨٦).
وفى الاصطلاح: هو ما وضع لمنع الجانى من عوده لمثل فعله وزجر غيره. انظر الثمر الدانى (ص ٥٦٨).

(٢) الزنا فى اللغة من زنى يَزْنى زِنى وزِناءً، فجر وهو بالمد والقصر. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٣٣٩). وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هو مغيب حشفة آدمى فى فرج آخر دون شبهة حله عمدًا. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٦٣٦).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (أ) يزوج.

(٥) ثبت فى (أ) المبين.

صحيحًا، ونكاح الشرك لا يحصن وإن وطئ فيه إلا أن يطأها بعد الإسلام، وكذلك باقي فروع هذا الباب التي تضمنها عقده على ما وصفناه، وأما أم الولد إذا زنت بعد عتقها بوفاة سيدها لم ترجم.

فإذا اختلف الزوجان في الوطء فأقر أحدهما وأنكره الآخر فالمنكر غير محصن، وروى ابن عبد الحكم أن المنكر لا يكون محصنًا حتى يقرا جميعًا، وقال ابن القاسم: المقر محصن والمنكر غير محصن[1]، ويقع الإحصان بالإيلاج وإن لم ينزل.

فصل

وإنما قلنا إن حد المحصن الرجم لقوله تعالى: ﴿أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ [النساء: ١٥] فقال ﷺ: [«خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام][2]، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[3]، وقوله ﷺ: «واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن [اعترفت][4] فارجمها»[5] وما روى من رجمه ﷺ ماعزًا[6] والغامدية[7]، وفي حديث عمر رضي الله عنه: لولا أن يقال عمر زاد في كتاب الله لكتبت (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة)[8]، وروى الرجم عن عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم قولاً وفعلاً[9] ولا خلاف فيه[10]، ولا يتلفت إلى ما يحكى عن الخوارج من نفيه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٦٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ، هـ).

(٣) أخرجه البخاري في الصلح (٥/ ٣٥٥) ح (٢٦٩٥) (٢٦٩٦)، ومسلم في الحدود (٣/ ١٣٢٤ - ١٣٢٥) ح (١٦٩٧ - ١٦٩٨).

(٤) ثبت في (ب) أقرت.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخاري في الحدود (١٢/ ١٣٨) ح (٦٨٢٤)، ومسلم في الحدود (٣/ ١٣٢٠) ح (١٩/ ١٦٩٣).

(٧) أخرجه مسلم في الحدود (٣/ ١٣٢٣) ح (٢٣/ ١٦٩٥)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٣٩٤) ح (١٦٩٩٣).

(٨) أخرجه مالك في موطئه. كتاب الحدود (٢/ ٨٢٦).

(٩) ذكره ابن المنذر. وقال: وهو قول مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وسفيان الثوري وسائر أهل العراق وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور والنعمان ومحمد وهو قول عوام أهل الفتيا من علماء الأمصار. انظر الإشراف (٣/ ٦).

(١٠) ذكره ابن المنذر في الإجماع والإشراف. وقال ابن قدامة المقدسي: هذا قول عامة أهل العلم =

فصل

وإنما قلنا لا يجلد مع الرجم خلافًا لداود[١]، لما روى أن رجلين اختصما إلى النبى ﷺ فقال أحدهما إن ابنى كان عسيفًا على هذا فزنا بامرأته فأخبرونى أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة وبجارية ثم سألت فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام وإنما الرجم على امرأته فقال ﷺ: «أما غنمك وجاريتك فرد عليك» وجلد ابنه مائة وغربه عامًا، وأمر أنيسًا أن يأتى امرأة الآخر فإن اعترفت[٢] رجمها فاعترفت فرجمها[٣]، وفى طريق آخر «فاغدوا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٤] ففيه دليلان: أحدهما أنه أمره أن يرجمها ولم يأمره بالجلد، وقد علم أنه إنما أنفذه ليقيم الحد لا لغير ذلك.

والثانى أنه فرق بينه وبينها فقال: (وعلى ابنك جلد مائة واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) فدل أن الجلد فى خبره دونها، وروى أنه ﷺ رجم ماعزًا ولم يجلده وكذلك الغامدية[٥]، ولأنه معنى يوجب القتل لحق الله تعالى ولم يوجب الجلد مع القتل كالردة.

فصل

وإنما قلنا إن العقل من شروط الإحصان لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...» فذكر: «المجنون حتى يفيق»[٦]، ولأن الحد عقوبة على معصية وكل ذلك تكليف والعقل

= من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار فى جميع الأعصار ولا نعلم فيه مخالفًا إلا الخوارج. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر الإشراف (٣/٦)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٢٠).

(١) وهو رواية عن أحمد بن حنبل وفعله على بن أبى طالب وبه قال ابن عباس وأُبى بن كعب، وبه قال الحسن وإسحاق بن راهويه. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٢٤).

(٢) ثبت فى (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

شرط فى ثبوته، ولا خلاف فيه[١].

فصل

وإنما شرطنا البلوغ للخبر، ولأن من دون البلوغ[٢] لا يكلف بدليل أنه لا حد فى قذفه ولا يلزمه قصاص بقتله.

فصل

وإنما شرطنا الإسلام خلافًا للشافعى[٣]، لأن الإحصان حكم شرعى جعل للفضيلة فى الإسلام منتف مع الكفر، ولأن هذه[٤] الحدود يعتبر فيها الفضيلة فحد المحصن الرجم بفضيلته على البكر، وحد الحر مائة لفضيلته على العبد، ونقص الكفر يمنع أن يثبت له حكم فضيلته، ولأن من شرط الإحصان صحة النكاح الذى يطأ فيه أنكحة الكفار الفاسدة.

فصل

وإنما شرطنا الحرية لأن العبد حده على النصف من حد الحر والرجم لا يتنصف جميعه عنه، ولأنه لما نقص عن الحر فى الجلد الذى هو[٥] أخف لنقصه بالرق كان بأن يسقط عنه الرجم أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون متزوجًا للإجماع على ذلك[٦]، ولأن النكاح يقع عليه اسم الإحصان لقوله عز وجل: ﴿**والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب**﴾ [المائدة:٨] وقوله: ﴿**والمحصنات من النساء**﴾ [النساء:٢٤].

---

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى. وقال: وهو قول أكثر أهل العلم. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٨)، انظر فتح البارى (١٢/١٢٣).

(٢) ثبت فى (أ) البالغ.

(٣) انظر المهذب للشيرازى (٢/٢٦٦) وذكره الشيخ الماوردى. انظر الحاوى الكبير (١٣/١٩٨).

(٤) ثبت فى (ب) زيادة.

(٥) ثبت فى (أ) هذا.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٦)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر فتح البارى (١٢/١٢٠).

فصل

وإنما شرطنا أن يكون العقد صحيحًا لأن النكاح الفاسد لا يتناوله اسم الإحصان لأنه وطء غير مباح بعقد فلم يتناوله اسم الإحصان كالوطء بشبهة وإنما شرطنا الوطء لأن العفاف لا يحصل بمجرد العقد دونه والإجماع على ذلك[١].

فصل

وإنما شرطنا جواز الوطء لأنه أحد شروط الإحصان فكان من شرطه الإباحة كالعقد، ولأنه وطء محرم بالشرع كالزنا.

فصل

وإنما شرط في إحصان أحدهما إحصان الآخر خلافًا لأبي حنيفة[٢]، لأنه حر مكلف وطئ بنكاح صحيح وطئًا مباحًا فكان محصنًا به، أصله إذا كانا كاملين[٣].

فصل

وإنما فرقنا بين الصبي المطيق للوطء وبين الصبية المطيقة للوطء فقلنا إنها تحصن الكبير وأنه لا يحصن الكبيرة لأن وطء [الصبي][٤] ناقص غير تام بدليل أنه لا يجب به حد ولا يحلها للزوج الأول ولا يكمل لها به لذة كوطء البالغ، وليس كذلك الصبية المطيقة للوطء لأن كل هذه الأحكام الحاصلة بوطء البالغة[٥] تحصل للكبير بوطء المراهقة، وإذا كان كذلك أحصنت ولم يحصن الصبي من وطئها، وقد أتى ما ذكرناه على شرح الفروع التي قدمناها.

---

(١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر فتح الباري (١٢/ ١٢٠)، انظر المغني لموفق الدين (١٠/١٢٦).

(٢) في أنه يشترط أنه يكون الواطئ والموطوءة على صفة الإحصان. انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/ ٣٨٥)، انظر الاختيار للموصلي (٣/ ٢٧٣).

(٣) ثبت في (أ) كاملتين.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت في (أ) البالغ.

فصل

وإنما قلنا إن أم الولد إذا زنت بعد وفاة سيدها لم ترجم لأنها غير محصنة، ولأنها لم يحصل لها من شروط الإحصان بعد البلوغ والعقل والإسلام إلا الحرية وذلك غير موجب لها الإحصان.

فصل

ووجه قوله إن إنكار أحدهما يمنع كون الآخر محصنًا أن ذلك شبهة لأنه لا يجوز أن يكون أقر بالوطء لغرض له لا أنه كان وطئ حقيقة، ووجه قوله إنه يكون محصنًا اعتبارًا بإقرارهما، ولأن تكذيبها له لا يخرجه[١] عما يلزمه مما يقر به على نفسه من حقوق الله تعالى، أصله إذا أقر أنه زنى بها وهي تنكر، أن ذلك لا يسقط الحد عنه.

فصل

وإنما قلنا إن الإيلاج يكفي فلأن اس الوطء يقع عليه، ولأنه ﷺ لما قرر[٢] ماعزًا لم يزده على أن أقر عنده بالإيلاج ولم يطلب منه زيادة على ذلك، ولأن سائر الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بالإيلاج فقط من وجوب الغسل والمهر والحد والإحلال للزوج الأول وغير ذلك، فكذلك الإحصان الواجب عنه.

(١) ثبت في (هـ) لا يخرجهما.
(٢) ثبت في (أ) أقر.

باب

فأما حد الزانى البكر فإنه يختلف باختلاف أقسام الأبكار، ولا يخلو الزانى البكر من ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون رجلاً حرًا، والثانى أن تكون امرأة حرة، والثالث أن يكون مملوكًا ولا يختلف حال المملوك بالذكورة والأنوثة، فأما الرجل الحر فحده مائة [جلدة][1] وتغريب عام وهو نفيه إلى غير بلده وحبسه فيه سنة، وأما المرأة الحرة فحدها جلد مائة من غير تغريب، وأما العبد ومن فيه بقية رق فحده خمسون جلدة من غير تغريب.

فصل

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجلدان مائة جلدة لقوله تعالى: ﴿**الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة**﴾ [النور:٢]، وللأخبار التى رويناها.

فصل

وإنما قلنا إنه يغرب الرجل مع الجلد عامًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا يجب التغريب إلا على طريق التعزير إن رآه الإمام[2]، لقوله ﷺ: «والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[3]، وقوله ﷺ: «لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل» وجلد ابن الرجل الذى سأله مائة وغربه عامًا[4]. وليس فيه[5] قياس يتحرر[6] على التحقيق.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار (٣/ ٢٧٠، ٢٧١)، انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (هـ) فى ذلك.

(٦) ثبت فى (هـ) مجرد.

فصل

وإنما قلنا إن المرأة لا تغرب خلافًا للشافعي[١]، لقوله تعالى: ﴿**الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة**﴾ [النور: ٢]، ولأن التغريب في الرجل عقوبة له ينقطع عن [ولده][٢] وأهله [وعن بلده][٣] ومعاشه وتلحقه الذلة بنفيه إلى غير بلده وليس فيه ما في المرأة من الحاجة إلى المراعاة في الحفظ ومنع السفر، والمرأة محتاجة إلى الصيانة والحفظ والمراعاة أكثر من حاجة الرجل ففي تغريبها تعريض لها للهتك الذي هو ضد الصيانة ومواقعة مثل ما غربت لأجل مواقعتها له وذلك إغراء، لا ردع وزجر فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة.

فصل

وإنما قلنا إن حد الأمة على النصف من حد الحرة لقوله تعالى: ﴿**فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب**﴾ [النساء: ٢٥]، وإنما قلنا إن العبد في ذلك كالأمة لاجتماعهم في نقص الرق.

فصل

وإنما قلنا لا تغريب على عبد ولا أمة خلافًا للشافعي[٤]، للظاهر ولقوله ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها، ثم إن زنت فليحدها، ثم قال في الرابعة: فليبعها ولو بضفير[٥]»[٦] فيه دليلان: أحدهما أنه سئل عن حدهما فذكر الجلد ولم يذكر التغريب،

---

(١) وهو قول جمهور العلماء انظر الأم للشافعي (٦/ ١١٩)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٩٣)، انظر المغني لموفق الدين (١٠/ ١٣٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) وهو أحد قولي الشافعي وهو الصحيح كما قال الشيخ الشيرازي. والقول الثاني أنه لا تغريب عليهما. وروى هذا القول عن ابن عمر وبه قال أبو ثور. انظر المهذب للشيرازي (٢/ ٢٦٧).
وزاد الشيخ الماوردي قولاً ثالثًا: أنه يغرب نصف سنة. انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ٢٠٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٢٣).

(٥) قال الفيروزآبادي: ضَفَرَ الشَّعر نسج بعضه على بعض والحبل فتله والضَّفْرُ ما يشد به البعير. انظر القاموس المحيط (٢/ ٧٦).

(٦) أخرجه البخاري في البيوع (٤/ ٤٣٢) ح (٢١٥٢)، ومسلم في الحدود (٣/ ١٣٢٩) ح (٣٢/ ١٧٠٣).

والثانى أنه كرر ذكر الجلد فلو كان التغريب واجبًا فى الحد لكان الأولى أن يذكر، ولأن التغريب على الحر لينقطع عن وطنه ومعاشه ويلحقه ذلة بذلك فيرتدع والعبد لا وطن له ولا معيشة فينقطع[١] عنها بتغريبه، ولأنه لو كان التغريب واجبًا عليه لكان على النصف من تغريب الحر كالجلد.

(١) ثبت فى (أ) فيقطعه.

باب

الزنا يثبت بثلاثة أشياء: أحدها الإقرار، والثانى البينة، والثالث ظهور الحمل من غير ملك ولا شبهة ولا ظهور أمارة دالة على استكراه[١].

فصل

فأما الإقرار فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾ [الأنعام: ١٦٤] وقوله ﷺ: «من أصاب من هذه القاذورات شيئًا فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه حد الله»[٢]، وقوله ﷺ: «واغدو يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٣]، ولأنه ﷺ رجم ماعزًا والغامدية بإقرارهما[٤]، ولأنه مكلف أقر على نفسه بحق فوجب إقراره كسائر الحقوق.

فصل

وإقراره مرة كاف فى وجوب الحد عليه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه يحتاج إلى تكرار[٥] الإقرار أربع مرات[٦]، للظواهر التى ذكرناها وعمومها يقتضى المرة الواحدة، ولأن الإقرار فى سائر الحقوق لا يفتقر إلى التكرار فكذلك الزنا، ولأنه إقرار من مكلف بالزنا على نفيه فوجب أن يلزمه به الحد، أصله إذا كرره، واعتبارًا بالخامسة والسادسة.

فصل

ومن شرط الإقرار أن يقيم عليه فإن رجع فذلك على وجهين: فإن ادعى شبهة أو أمرًا يعذر به مثل: أن يقول وطئت فى نكاح فاسد أو دخلت على امرأتى فوطئتها [وأنا

(١) ثبت فى (أ) على استنكاره.
(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى الحدود (٢/ ٨٢٥) ح (١٢)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٥٧٢) ح (١٧٥٩٩)، وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/ ٩٤) ح (١٥).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) ثبت فى (أ) تكرير.
(٦) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٣/ ٢٦٥)، انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٣٩٢).

لا أعلم، أو رأيت امرأة على فراشى فظننتها امرأتى فوطئتها][1]، أو وطئت جارية بينى وبين غيرى وما أشبه ذلك مما يجوز أن يذهب على العامة ومن لا علم عنده فإن هذا يعذر به ويقبل رجوعه عنه لإمكان أن يكون الأمر على ما قاله والحد يدرأ بالشبهة، وأما إن أكذب نفسه لا إلى شبهة يعذر بها ففيها روايتان: إحداهما أنه يقبل والأخرى لا يقبل منه [فوجه قوله إنه يقبل][2] منه وهو قول أبى حنيفة[3] والشافعى[4]، قوله ﷺ لماعز: (لعلك لمست: لعلك قبلت)[5]، وفائدة ذلك قبول رجوعه إن رجع وقوله لما هرب: (هلا تركتموه)[6]، ولأنه معنى يوجب القتل لا يتعلق به حق آدمى فإذا رجع عنه سقط عنه، أصله الردة، ولأنه قول إذا تم لزم به حد الزنا فوجب أن يكون الرجوع عنه مسقطًا للحد، أصله رجوع الشاهد، ووجه قوله لا يقبل منه قوله: «من أصاب من هذه القاذورات فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»[7]، وقوله ﷺ «فإن اعترفت فارجمها»[8]، ولأنه أقر على نفسه بحق لزمه بإقراره فلم يسقط بإكذابه نفسه، أصله حقوق الآدميين.

فصل

فأما الشهادة فالأصل فيها قوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا﴾ [النساء:١٥]، وقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤]، وقول سعد يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهود قال: نعم[9].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الشيخ الموصلى: وإذا رجع عن إقراره قبل الحد أو فى وسطه خلى سبيله لأن رجوعه إخبار يحتمل الصدق كالإقرار ولا مكذب له. انظر الاختيار (٣/ ٢٦٦)، انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٣٨٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٦١).

(٤) ذكره فى المهذب. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٧٢)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ١٥٠).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه مسلم فى اللعان (٢/ ١١٣٥) ح (١٥/ ١٤٩٨)، ومالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٣٧) ح (١٧)، وأحمد فى المسند (٢/ ٦١٢) ح (١٠٠٢٠).

فصل

وعدد الشهود أربعة لما ذكرناه، ولأنه إجماع الصحابة[١] لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا لما توقف الرابع[٢]، ولا يقبل فيه النساء لأنه حكم [يثبت][٣] فى البدن لا يختص النساء بالاطلاع عليه فلم يقبل إلا الرجال كالطلاق والعتاق والقتل.

فصل

ومن شرط الشهادة بالزنا أن تكون فى مجلس واحد فإن افترقت فى مجالس فالشهود قذفة عند مالك، وقال عبد الملك وهو قول الشافعى تقبل شهادتهم مجتمعين ومفرقين[٤]، فوجه قول مالك أنه معنى لو لم ينضم إلى شهادة الشاهد كانت شهادته قذفًا فوجب أن يؤخذ معها عند إقامتها لا متراخيًا عنها، أصله لفظ الشهادة وصفة الرؤية، فيقيس كمال العدد فى المجلس على لفظ الشهادة، ووجه قول عبد الملك أنه حق يثبت بشهادة الشهود إذا جاءوا مجتمعين فوجب أن يثبت بهم وإن جاءوا مفترقين كالشهادة على القتل والسرقة.

فصل

ومن شرطها أن يشهد الشهود على المعاينة أنهم رأوا فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة، وإنما قلنا ذلك لجواز أن يظهر من تفصيلهم ما يسقط به الحد فإن لم يفصلوا وشهدوا [مجملاً][٥] أنهم رأوه يزنى بها الزنا الموجب للحد قال [ابن القاسم: لا يحد المشهود عليه ويحد الشهود ويكونون قذفة][٦]، ومن أصحابنا من يقول إذا كان الشهود

---

(١) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم لا اختلاف بينهم أن الشهادة على الزنا أربعة لا يقبل منهم أقل من ذلك. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٣٥)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٣)

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٠٨) ح (١٧٠٤٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال الشيخ الماوردى: لا فرق فى الشهادة على الزنا بين أن يفرق الشهود فى أدائها أو يجتمعوا عليها. انظر الحاوى الكبير (١٣/ ٢٢٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فقهـاء، والقاضى فقيهًا وكـانوا على مذهب واحد وشهد الشـهود أنهم رأوه يزنى الزنا الموجب للحد فيجوز للحاكم أن يقتصر على هذا القدر منهم ولا يكلفهم التفصيل.

فصل

إذا شهـد الثلاثة وشك الرابع فلم يشهـد حد [الثلاثة ولا حـد على الرابع ولا على المشهود عليه، وإنما قلنا يحد][1] الثلاثة خلافًا لأحد قولى الشافعى[2]، لإجماع الصحابة لأن عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شـهدوا على المغيرة لما توقف الرابع وهو زياد ولم يقطع، وقال لأبى بكرة تب وأقبل شهادتك، وروى عن على رضى الله عنه مثله[3]، ولأنهم أدخلوا المعرة [عليه][4] بإضافة الزنا إليه بسبب لم تسقط حـصانته وكانوا قذفة، أصله إذا قذفوه ابتداء، وإنما قلـنا لا يحد الرابع لأنه لم يكن منه رمى لأنه لم يفصح[5] شيئًا يلزمه به حكم، وإنما قلنا إنه لا يحد المشهود عليه لأن البينة لم تقم عليه لأن العدد شرط فى كون الشهادة كاملة[6]، ولأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يحد المغيرة لما لم يتم عدد الشهود.

فصل

وأما إن شهـد الأربعة وتمت الشهادة ثم شـك أحدهم أو رجع: فإن كان قـبل إقامة الحد جلد الجميع ولم يحد المشهود عليه، وإن كان بعد إقامة الحد جلد الشاك أو الراجع وحده، وإنما فـرقنا بين الموضعين لأن الشك والرجـوع إذا كان بعد تمام الشهـادة يجعل الراجع قاذفًا لأن الذى حصل منه علمًا [كان مقيمًا مع بقـية الشهود كان شهادة][7] فلما رجع عنه أو شك فيه بعد حصوله منه كان ذلك قذفًا لأنه غير محكوم بكونه شهادة فلم

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) انظر المهذب للشيرازى حيث قال: المنصوص أنه لا حد عليهم قولاً واحدًا ومن أصحابنا من قال فى حدهم قـولان وهو ضعيف. انظر المـهذب للشيـرازى (٢/ ٣٣٣)، الحاوى الكبيـر للماوردى (١٣/ ٢٣١).
(٣) انظر المحلى لابن حزم (١١/ ٢٥٩).
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٥) ثبت فى (أ) يقبل.
(٦) ثبت فى (ب) الشهود بينة.
(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يبق إلا القـذف، فإن كـان ذلك قبل مـضى الحـد جلد الكل لأن الجمـيع[١] قذفة لأن الشهادة لم تحصل مـنهم برجوع الواحد، فإن كان رجوعه بعـد مضى الحد جلد الراجع وحده لأنه مقر على نفسه بالقذف ولم يحـد الباقون لأن الشهادة قد تمت وحكم بها فلا سبيل إلى نقضها، ورجوع هذا قذف مستـأنف وتكذيب منه لنفسه ولهم فقبل فيما عليه ولم يقبل فيما يلزم غيره به حكم لنفـود الحكم، ثم القول فيما يلزم الراجع من قصاص أو غرم فيما تلف بشهادته يذكر فيما بعد.

فصل

المقر بالزنا لا تلزم مطالبته بحكاية الفعل وصفته إياه خلافًا للشهود إلا أن يتهم بغفلة أو جهل فيتكشف[٢]، كمـا فعل ﷺ لماعز، والفـرق بين الإقرار والشهـادة أن ما يلزم الإنسان بإقراره أبلغ وأقـوى مما يلزمه بالشهادة ألا ترى أنه يقبل إقراره علـى نفسه عدلاً كان أو فاسـقًا حرًا كان أو عبدًا رجـلاً كان أو امرأة، ولا يقبل فى الشـهادة الفاسق ولا العبد ولا المـرأة، ولأن الشهود قد غلظ عليـهم فى ذلك ما لم يغلظ [فى ذلك][٣] على المقر لأنه لا ضرورة بهم إلى الشهادة على غيرهم، والمقر ليس بشاهد على غيره وإنما هو مخبر عن نفسه.

مسألة

التوبة لا تسقط الحد فى الزنا والسرقة والشرب خلافًا للشافعى[٤]، لقوله عز وجل: ﴿**الزانيـة والزانى فـاجلدوا كل واحـد منهمـا مـائة جلدة**﴾ [النور:٢] وقـال ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨] ولم يفرق، وقوله ﷺ «فإنه من يبـد لنا صفحته نقم عليه الحد»[٥] ولم يفـرق، وقوله فى مـاعز: «لقـد تاب توبة لو قسـمت على أهل

---

(١) ثبت فى (ب) قذفه.

(٢) ثبت فى (ب) مستكشف.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) وهو قول عند الشـافعيـة. وقال الشيخ الشـيرازى وهو الصحـيح. والقول الثـانى: أنه لا يسقط بالتوبة. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٨٥).

وقال الشيخ هو أظهر قولى الشافعى. انظر الحاوى الكبير (١٣/ ٣٧٠).

(٥) تقدم تخريجه.

الأرض لوسعتهم»[١]، وفى حديث آخر[٢] «لو تابها صاحب مكس لغفر له»[٣]، ولأنه أمر مستتر به فلم تقبل التوبة فيه كالزنديق، ولأن الحد تحصين للإنسان ففى إسقاطه زوال ذلك المعنى، ولأن التوبة فيما لم يفترق له الحكم فيما بين القدرة عليه أو عدمها لم يسقط الحد كالقذف والقتل، وبهذا فارق الحرابة.

فصل

إذا ظهر حمل بحرة أو أمة ولا يعلم لها زوج، ولا سيد الأمة مقر بوطئها: بل منكر والحرة مقيمة ليست بغريبة بأنها تحد ولا يقبل قولها إن قالت: غصبت أو استكرهت إلا أن يظهر أمارة على ذلك بأن يرى بها أثر دم أو شاهد منها استغاثة أو صياح أو ما أشبه ذلك مما يعلم معه فى الظاهر صدقها، وقال أبو حنيفة[٤] والشافعى لا حد عليها على كل وجه إلا أن تقر بأنها زنت أو تقوم بينة[٥]، ودليلنا حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: الرجم فى كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال أو النساء إذا قامت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف[٦]، ولا مخالف له، ولأن إسقاط الحد ذريعة إلى أن لا يقام[٧] حد فى زناة، ولأن كل من وجد بها حمل أو شوهد معها من يطؤها ادعيا الزوجية فيصير ذلك طريقًا إلى إبطاله فلا يمكن إقامته، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحد يلزم بشهادة الشهود، وأن ادعاء الزوجية غير مقبول مع الشهود، وقد علمنا أن الشهود إنما يشهدون على الظاهر لا على الحقيقة والقطع، والظاهر فى مسألتنا الزنا لأن الوطء ثابت بظهور الحمل ولا أمارة على ما يدعونه ولا علامة فلا يجب ترك الظاهر بقولهما ولهذا قلنا إنهما لا يحدان إذا كانا غريبين لإمكان أن يكون الأمر على ما قالاه، وليس فى[٨] تصديقهما نفى الظاهر ولا ذريعة إلى إسقاط الحد.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ثبت فى (ب) وفى الغامدية.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ذكره الشيخ الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ١٨١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢/ ١٥٠).
(٥) انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٣).
(٦) أخرجه البخارى فى الحدود (١٢/ ١٤٨) ح (٦٨٣٠)، ومسلم فى الحدود (٣/ ١٣١٧) ح (١٥/ ١٦٩١).
(٧) ثبت فى (أ) إلى أن يقيم.
(٨) ثبت فى (ب) (على ما قلنا وإذا).

فصل

الشهادة على الشهادة فى حد الزنا جائز[١] لما يذكر فى باب الشهادة، وقد بينا أن شهود الأصل لابد أن يكونوا أربعة، وأما شهود الفرع فمختلف فيه على روايتين: إحداهما أنه لابد أن يشهد على شهادة كل واحد أربعة فإن كان على كل واحد أربعة غير الأربعة الذين شهدوا على واحد جاز، والأخرى أنه إن شهد اثنان على كل واحد من شهود الأصل جاز والأولى هى الصحيح لأن الزنا لا يحد فيه إلا بأربعة ومتى قبلنا شهادة شاهدين على الأربعة أدى ذلك إلى أن يقام الحد بشهادة اثنين [وذلك غير جائز][٢]، ولأن شهود الفرع أضعف من شهود الأصل لأن النقل فرع عن الأصل فإذا كان الأصل لابد فيه من أربعة فكذلك النقل.

فصل

لا يقبل فى الشهادة على الزنا إلا أربعة يشهدون على فعل واحد: فإن اختلف الفعل الذى يشهدون عليه مثل أن يشهد اثنان أنهما رأياه يزنى بها فى هذه الزاوية ويشهد اثنان فى الزاوية الأخرى فلا تقبل هذه الشهادة ويحد الشهود وقال أبو حنيفة عليه الحد[٣]، فدليلنا أن الاختلاف فى المكان جار مجرى الاختلاف فى الزمان من باب أن الفعل فى مكان غير الفعل فى غيره من الأماكن كما أن [الفعل][٤] فى زمان غير الفعل فى زمان غيره، وقد ثبت أنهم لو شهدوا عليه فقال أحدهما أشهد أنه زنى يوم السبت وقال الآخر يوم الأحد لم يجب عليه حد كذلك فى المكان.

مسألة

إذا وجد على فراشه امرأة فظن أنها زوجته فوطئها فلا حد عليه، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله أنه يحد ولا يقبل منه ذلك إلا أن يكون ليلة الزفاف[٥]، لأنه وطئ من يعتقد

---

(١) ثبت فى (ب) مقبولة.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية. وقال: وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجب الحدّ لاختلاف المكان حقيقة. انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٩٤)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٧)، انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٩).

أنها زوجته فلم يلزمه حد، أصله إذا زفت إليه امرأة وقيل: إنها زوجتك وكانت غيرها.

فصل

العوارض التى تؤخر لها إقامة الحدود ثلاثة:

أحدها: معنى فى المحدود لا يتعلق بغيره.

والثانى: معنى موجود به يتعلق بغيره.

والثالث: معنى منفصل منه.

فأما الموجود به الذى لا يتعلق بغيره كالمرض وذلك كالحمى الشديدة، ووجع الجوف أو الكبد أو غيـر ذلك من أنواع الأمراض التى يخاف مـعها[1] تلفه فهـذا يوجب تأخير الحد عنه إلى برئه، والدليل عليـه أن المقصود من الحد الردع والزجـر دون الإتلاف يبين ذلك أن الله تعالى فرق بين الحـدود فجعل فى بعضها الرجم وفى بعـضها الجلد، ولأن الإمام يجلد بـسوط بين السوطين خـيفـة القتل، فإذا ثبت ذلك ثم خـيف على المريض القتل وجب تأخيره.

وأما الموجود به المتعلق بغيره فهو الحمل وذلك يقتضى التأخير لأنها لو جلدت لأدى إلى إتلافه، وأما المنفصل منه فالزمان يخاف منه تلف المحدود وذلك أن الجراح فى شدة البرد يعظم الخطر فيه فيؤدى إلى التلف غالبًا هذا كله فى الجلد والقطع، وأما فى الرجم فلا يـؤخر لمرض ولا لشـدة برد، ويؤخر فى الجلد والرجم فى الحـمل حتى تضع لـئلا يتلف الحمل، ولذلك قـال رسول الله ﷺ للغامدية، (اذهبى حـتى تضعى)[2]، وتؤخر بعد الوضع فى الجلـد لتغتسـل من نفاسهـا لأن النفاس مرض لا يؤمن مـعه إذا جلدت التلف، وفى الرجم تؤخر حتى يوجد من يرضع الصبـى. فإن وجد من يرضعه رجمت حتى تفطمه وبنحو ذلك روى مالك فى الموطأ[3].

---

(١) ثبت فى (ب) منها.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الموطأ للإمام مالك: كتاب الحدود (٢/٨٢١, ٨٢٥).

فصل

ومن وطىء جارية له فيها شرك فلا حد عليه لوجود الشبهة فى وطئه باختلاط ملكه بملك شريكه، ويلحق به الولد لشبهة الملك، وإن حملت قُوِّم على الواطىء نصيب شريكه لا يختلف قوله فيه لأنه لما لحق الولد به وثبتت حريته[1]، اكتسبت الأمة الحرية، فإن لم تحمل فقد اختلف قوله فى تقويم نصيب الشريك عليه: فوجه قوله أنه تقوم عليه فلتتكامل الشبهة له فى سقوط الحد عنه بتمليكه نصيب شريكه، ووجه قوله لا تجب التقويم عليه[2] أنه بمنزلة من وطئ أمة على فراشه لأن وطأه إياها شبهة لا توجب التقويم عليه.

فصل

ومن زنى بجارية أبيه فعليه الحد وإن زنى بجارية ولده فلا حد عليه، والفرق بينهما أن للأب شبهة فى قتل ولده فإن وطء أمته كان كالواطىء أمة له فيها شرك ولا يحد لشبهة الملك، والولد لا شبهة له فى مال أبيه ألا ترى أنه يتزوج أمة أبيه والأب لا يتزوج أمة ابنه فيكون زانيًا بمن لا شبهة له فى ملكها فعليه الحد.

فصل

ومن اغتصب حرة فزنى بها فعليه الحد حرًا كان أو عبدًا لعموم قوله تعالى: ﴿**الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة**﴾ [النور: ٢] ولم يفرق بين الغصب والطوع، ولا حد عليها لأنها ليست بزانية لأن الإكراه ينفى الزنا، ولأنه لم يكن منها فعل ينسب إليها به الزنا.

فصل

وعليه صداق مثلها بكرًا كانت أو ثيبًا[3] خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا صداق عليه[4]

---

(١) ثبت فى (أ) حرمته.

(٢) ثبت فى (ب) لا يقوم عليه.

(٣) هذه إحدى الروايتين عن الإمام مالك وقال ابن عبد البر: هو تحصيل مذهب مالك، والرواية الثانية: أنه لا صداق عليها. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٣، ١٠٧٤).

(٤) ليس هذا مذهب أبى حنيفة وأما مذهبه أنه يجب عليه الصداق. قال الشيخ الكاسانى: ويجب =

لأنها حرة موطوءة لا حد عليها فى وطئها فوجب أن يلزم واطئها صداقها، أصله إذا وطئت بشبهة، وإن كان عبدًا فإن افتداه سيده بصداق المثل وإلا أسلمه لأن ذلك أرش الجناية.

فصل

والحر إذا استكره أمة فوطئها فعليه الحد وما نقص من قيمتها ولا صداق عليه[(١)] لأنها جناية على مال فروعى فيها نقصه دون الصداق وغلب عليها حكم الجناية[(٢)] على الأموال اعتبارًا به لو جرحها أو قطع عضوًا من أعضائها، وإن كان عبدًا فذلك فى رقبته إلا أن يفتديه[(٣)] سيده، وإن لم يؤثر الوطء نقصًا فلا شيء على الواطىء حرًا كان أو عبدًا سوى الحد فقط.

فصل

إذا استكره الذمى[(٤)] حرة مسلمة قتل[(٥)] لأنه بذلك ناقض العهد فقد أضاع دم نفسه وقد صار له حكم أهل الحرب، وإن استكره أمة فعليه ما نقص من ثمنها بكرًا كانت أو ثيبًا لأنها جناية على مال فلا يقتل بالجناية على الأموال والفصل بين استكراهه للحرة والأمة أن الأمة قد يصح له ملكها وهو إذا أسلمت أمته أو ابتاع مسلمة عن إحدى الروايتين، والحرة لا يصح له وطؤها بحال لأنها لا توطأ إلا بعقد نكاح وذلك لا يصح فيه.

فصل

إذا زنى المسلم بنصرانية فعليه الحد لعموم الظواهر والأخبار واعتبارًا بالمسلمة، فإ

= العقد على المكر لأن الزنا فى دار الإسلام لا يخلو عن إحدى الغرامتين. انظر بدائع الصنائع (٧/ ١٨٠)، انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٥٠).

(١) انظر المدونة (٤/ ٣٨١).

(٢) ثبت فى (ب) (الجنايات).

(٣) ثبت فى (ب) (يفديه).

(٤) ثبت فى (ب، هـ) (النصرانى).

(٥) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٣)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٩٤).

اغتصابها فالحكم فيها كالحكم فى المسلمة ، فإن طاوعته فلا حد عليها خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لأنه فعل يجب فيه الحد لحق الله تعالى على التجريد ولا يؤخذ به أهل الذمة كالشرب، ولا يلزم عليه القتل والسرقة والقذف لأنها حق الله أو للآدميين على التجريد ألا ترى أنه لو سرق أو قذف أو قتل ثم أسلم لأقيم ذلك عليه بعد إسلامه.

فصل

للسيد أن يقيم على عبده وأمته حد الزنا والشرب فى الجملة خلافًا لأبى حنيفة[3]، لقوله ﷺ: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[4]، وقوله: «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها»[5]، ولأن له أن يجلدها بحق الملك كالإمام.

فصل

وهذا إذا كانت لا زوج لها وكان زوجها عبدًا للسيد، فأما إن كان لها زوج حر أو عبد لغير السيد فلا يقيم سيدها عليه الحد لأن فى ذلك تصرفًا فى حق الغير وإبطال فراشه ولا يد للسيد على ملك غيره.

فصل

وهذا إذا ظهر حمل أو قامت بينة أو إقرار، فأما برؤية السيد وعلمه[6] ففيه روايتان: (إحداهما سقوطه، والأخرى ثبوته)[7] فوجه سقوط ذلك اعتبارًا[8] بالإمام، ووجه إثباته

(١) ذكره ملك العلماء الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٨).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢/ ٢٦٧)، انظر روضة الطالبين (١٠/ ٩٠).

(٣) حيث قال: ولا يقيم السيد الحد على عبده إلا بإذن الإمام. انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٥)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧١).

(٤) أخرجه مسلم فى الحدود (٣/ ١٣٣٠) ح (٣٤/ ١٧٠٥) بلفظ أقيموا الحدود على أرقائكم ، وأبو داود فى الحدود (٤/ ١٦٠) ح (٤٤٧٣)، اللفظ له، والترمذى فى الحدود (٤/ ٤٧) ح (١٤٤١)، وأحمد فى المسند (١/ ١١٩) ح (٧٣٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (أ) عمله.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب،هـ).

(٨) ثبت فى (ب) اعتباره.

أن السيد لا يتهم فى عبده وأمته، والإمام على رعيته لايتهم.

فصل

ولا يقيم عليها حد السرقة إلا الإمام، والفصل بينه وبين سائر الحدود أنه قطع عضوه وذلك مثلة يعتق عليها بها فلو مكناه من ذلك لكان كل من مثل بعبده يدعى أنه قطعهُ فى سرقة فيصير ذريعة إلى انتفاء العتق بالمثلة[(١)] وسائر الحدود بخلاف ذلك.

فصل

وينبغى للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول لقوله تعالى: ﴿**وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين**﴾ [النور:٢]، [وكذلك السيد فى إقامة الحد على عبده وأمته][(٢)] والطائفة أربعة فصاعداً، والفائدة فى ذلك أنه إن قذفه قاذف فطالب بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك بإحضار من شهد حده.

فصل

لا يربط المرجوم لأن النبى ﷺ لم يربط ماعزاً ولا غيره ممن أمر برجمه، ولأن رجوعه يقبل ولا معنى لربطه، وكذلك فى الجلد، ولا يحفر له لأنه ﷺ لم يأمر بالحفر، والحدود كلها سواء فى الإيجاع[(٣)] والصفة يجرد فيها الرجل ولا تجرد فيها المرأة ولكن يترك عليها من الثياب ما لا يقيها ألم الضرب لأنها عورة بخلاف الرجل، ويضربان قاعدين خلافًا لمن قال: إنه يقام الرجل[(٤)] لأن القيام زيادة فى الألم لم يرد به شرع، واعتباراً بالمرأة ويجتنب فى ضربهما المقاتل.

مسألة

الحدود ما كانت من جنس واحد وكان سببها واحد تداخلت وأجزأ واحدها عن سائرها، وذلك مثل أن يزنى مراراً أو يشرب مراراً أو يسرق مراراً أو يقذف مراراً واحداً

---

(١) ثبت فى (أ) به المثلة.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت فى (أ) الإجماع.

(٤) وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى ثور وابن المنذر. وانظر الهداية للمرغينانى (١ ,٢/ ٣٨٤)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٨).

أو جماعة فيجزى حد واحد من ذلك كله، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿**الزانية والزانى فاجلدوا**﴾ [النور:٢] ولم يفرق، ولأن ذلك كتكرار الإيلاج والاجتراع جرعة بعد جرعة، ولأن ذلك كالأحداث إذا تواترت قبل الطهارة أن ما يجب بها عن الطهارة ما يتداخل، فأما إن كانت من جنس [واحد][1] وأسبابها مختلفة كالزنا والشرب [والقذف فإنها لا تتداخل ويستوفى جميعها إلا أن يكون أحدها فرعًا للآخر فيتداخلان وذلك كحد القذف][2] والشرب لأن الشرب مأخوذ من القذف فشبه به لما روى عن الصحابة [رضى الله عنهم][3] أنهم لما اختلفوا فى تقدير حد الشرب قالوا: (نرى أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فيجلد حد الفرية[4])[5] وإذا قذف جماعة بكلمة واحدة كفى حد واحد خلافًا لمن قال لكل واحد حد[6]، لقوله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ [النور:٤]، ولأنه قذف واحد فلم يجب به إلا حد واحد، أصله إذا كان المقذوف واحدًا، وإذا كانت الحدود من أجناس كالجلد والقطع استوفيت ولم تتداخل إلا أن يكون فيها قتل فإن ما دونه يدخل فيه إذا كان جهة استحقاقه واحدة، فأما إذا كان الغرض مختلفًا فإن القتل لا يجزى منه كحد القذف يجلد[7] القاذف ثم يقتل لأن الغرض بالحدود دفع[8] المعرة عن المقذوف ولا يكون ذلك إلا بحد قاذفه.

مسألة:

ويجب باللواط إذا حصل الإيلاج الرجم عليهما أحصنا أو لم يحصنا ولا يثبت إلا بما ثبت به الزنا من الإقرار والبينة، وأما وجوب الحد منه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ا).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٤) ثبت فى (ب) المفترى.
(٥) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأشربة (٢/٨٤٢) ح (٢).
(٦) وهو قول الحسن البصرى والشافعى وأبى ثور وابن المنذر. انظر الإشراف (٣/٤٧)، وقال الماوردى: هو قول الشافعى الجديد أما فى القديم فإنه يحد حدًا واحدًا. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٢٥٧)، وانظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٥).
(٧) ثبت فى (ب) يحد.
(٨) ثبت فى (ب) زوال.

حد فيه وإنما فيها التعزير[١]، فإنه إيلاج فى فرج آدمى مقصود به اللذة فوجب أن يتعلق به الحد كالقتل.

فصل

وإنما قلنا إن الحد هو الرجم خلافًا للشافعى فى قوله وإن كان غير محصن فعليه الجلد[٢]، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: (من وجدتموه على عمل قوم لوط فارجموا الفاعل والمفعول)[٣] ولم يشترط فى ذلك الإحصان، ولأنه أغلظ من الزنا، ولأن المزنى بها جنس مباح وطئها وإنما أتيت على خلاف الوجه المأذون فيه، والذكر ليس بمباح وطؤه فكان فيه أغلظ من حد الزنا، وإنما قلنا إنه لا يثبت إلا بما يثبت به الزنا لأن حده يتعلق به الرجم فأشبه الزنا.

فصل

من أتى بهيمة فلا حد عليه خلافًا لمن قال إنه يقتل أو يحد[٤] لقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاث: كفر بعد إيمان أو زنًا بعد إحصان أوقتل نفسٍ بغير نفس»[٥]

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: وخالفه فى هذه المسألة أبو يوسف ومحمد. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٦)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٤).

(٢) قال الإمام النووى: هذا أظهر قولى الشافعى. والقول الثانى: أنه يقتل محصنًا كان أو غيره وفى كيفية القتل أقوال. انظر روضة الطالبين (١٠/ ٩٠)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٢٢٤).

(٣) أخرجه الترمذى فى الحدود (٤/ ٥٧) ح (١٤٥٦)، وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٥٦) ح (٢٥٦١)، أبو داود فى الحدود (٤/ ١٥٧) ح (٤٤٦٢)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٥٥).

(٤) قال: للشافعى فى هذه المسألة أقوال:

الأول: أنه يقتل رجمًا بالحجارة وقال به البغداديون أو صبرًا بالسيف وقال به البصريون.

والقول الثانى: أنه فى حكم الزنا يرجم إن كان ثيبًا ويجلد ويغرب إن كان بكرًا، وهو قول الحسن البصرى.

والقول الثالث: لا يجب فيه حد ويعزر.

وفى رواية عن أحمد بن حنبل: حكمه حكم اللائط سواء. وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: يقتل. وقال الزهرى: يجلد مائة أحصن أو لم يحصن. وقال جابر بن زيد: يقام عليه الحد إلا أن تكون البهيمة له. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٢٢٤, ٢٢٥)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٢٦, ٢٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٦٣).

(٥) تقدم تخريجه.

وكل هذا معدوم فى مسألتنا، ولأنه لم ينتهك حرمة [فرج له حرمة][1] والحد يجب لهذا المعنى.

فصل

ولا تقتل البهيمة خلافًا لمن قال تقتل[2]، لأن نكاح البهيمة لا يوجب قتلها اعتبارًا به إذا نكحها ما هو من جنسها، ولأن قتلها لما لم يجز أن يكون حدًا لاستحالة تكليفها لم يجز أن تقتل لأن القتل الواجب بالوطء لا يكون إلا على وجه الحد.

فصل

إذا ثبت أنه لا حد عليه فيعاقب لركوبه أمرًا ممنوعًا منه محرمًا عليه فوجب زجره عليه[3] لئلا يعود لمثله.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) وهو وجه لأصحاب الشافعى. وهو قول أحمد بن حنبل وأبى سلمة بن عبد الرحمن وقال الطحاوى: إن كانت مأكولة ذبحت. وإلا لم تقتل، نقله عنه الشيخ موفق الدين، ونقل عنه الشيخ الماوردى أنه قال: إنها تقتل إن كانت له ولا تقتل إن كانت لغيره. انظر الإشراف (٣/٢٦)، انظر الحاوى الكبير (١٣/٢٢٥)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٦٤)، انظر روضة الطالبين للنووى (١٠/٩٢).

(٣) ثبت فى (ب) عنه.

باب

القذف[١] موجب للحد فى الجملة لقوله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ [النور:٤] الآية، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: (البينة وإلا حد فى ظهرك)[٢]، ولا خلاف فى وجوب الحد به فى الجملة[٣].

مسألة

ويجب الحد على القاذف بتسع خصال: خصلتان فيه وخمس فى المقذوف وخصلتان فى الشىء المقذوف به: فأما الخصلتان المشترط وجودهما فى القاذف فالعقل والبلوغ، وأما الخمس المشترط وجودها فى المقذوف فالعقل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التى رمى بها كان عفيفًا عن غيرها أو لا، والبلوغ الذى نريده يختلف فى الغلام والأنثى، فأما الغلام فبلوغ التكليف وهو الاحتلام أو غيره مما قدمناه دون إطاقة الوطء، وفى الأنثى إطاقة الوطء وإن لم تبلغ بلوغ التكليف، وقد تضمن اشتراط العقد كونه ممن يتأتى منه الوطء بخلاف العنين والمجبوب غير المعترض ولذلك لم نجعله شرطًا زائدًا ومن أوجبه زاده فى الأقسام، وأما الخصلتان فى الشىء المقذوف: بأن يقذفه بوطء يلزمه الحد وهو الزنا واللواط [لا غير][٤] أو أن ينفى نسبه من أبيه، فأما إن قذفه بسرقة أو شرب خمر أو قتل أو كفر فعليه العقوبة ولا يحد.

---

(١) القذف فى اللغة: من قَذَف بالحجارة يَقْذِف رَمَى بها والمحصنة رماها بزنية والتقاذف الترامى. انظر القاموس المحيط (٣/ ١٨٣).

وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: القذف الأعم نسبة آدمى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم.

والأخص لإيجاب الحد: نسبة آدمى مكلف غيره حرًا عفيفًا مسلمًا بالغًا أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أقطع نسب مسلم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٤٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٢٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٣)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٤١)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٠١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وإنما قلنا إن العقل والبلوغ شرطان فى وجوب حد القاذف لأنهما شرطان فى التكليف، والحد لا يجرى إلا على مكلف، ولقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...» فذكر: «الصبى حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق»[١].

فصل

وإنما شرطناهما فى المقذوف لأن الحد إنما يراد لزوال المعرة عن المقذوف بأن يحد قاذفه والمجنون والصبى لا يصح الزنا منهما وهما على حال الصغر[٢] والجنون فلا عار يدخل عليهما بالقذف، وهذا إذا قذفهما بزنا منهما فأما إن قذف المجنون بزنا منه قبل جنونه فإنه يجلد لأن المعرة تدخل بذلك.

فصل

وإنما قلنا إن من قذف مطيقة للوطء حد وإن لم تبلغ بلوغ التكليف خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى[٤]، لأن المعرة تدخل عليها بالقذف كالبالغ، ولأن حكم وطئها حكم البالغ فى وجوب الغسل والمهر والنفقة والإحصان والإحلال وكذلك فى وجوب الحد بالقذف به.

فصل

وإنما اشترطنا الإسلام لأن عرض الكافر لا حرمة له تهتك بالقذف، ولأن الفاسق الملى لا حد على قاذفه وهو أعظم حرمة من الكافر والكافر أولى.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) الصبا.

(٣) حيث اشترط البلوغ فى إحصان القذف. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٨١). انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٤٠٠).

(٤) انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٧٢)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٢٥٥).

فصل

وإنما شرطنا الحرية خلافًا لمن يقول إن العبد يحد قاذفه[١]، لأن حرمته ناقصة نقصًا أوجبه الرق[٢] كالكافر ولأن كل نقص منع أن يقتل به الحر المسلم منع أن يحد فى القذف، أصله الكفر.

فصل

وإنما شرطنا كونه متمكنًا من الوطء لأن المجبوب ومن جرى مجراه لا يتأتى منه الزنا فلم تلحقه معرة بالقذف [كالصبى][٣].

فصل

وإنما شرطنا أن الحد فى الرمى بالزنا واللواط دون غيرهما بالإجماع عليه[٤] ولأن الله عز وجل[٥] شرط فى تخليصه[٦] من القذف على أن يأتى بأربعة شهود وليس ذلك إلا فى الزنا واللواط.

فصل

وأما إن رماه بالوطء فيما دون الفرج فقال ابن القاسم يحد لأن ذلك من التعريض، وقال أشهب لا يحد لأنه صرح أنه فعل ما ليس بزنا ولا لواط كما لو قال قبلتها[٧].

(١) روى عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٠٢).
ويه قال أيضًا ابن حزم وأصحابه وروى ذلك عن ابن عمر والحسن البصرى. انظر المحلى لابن حزم (١١/ ٢٧١, ٢٧٢).

(٢) ثبت فى (أ، هـ) الكفر.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) محل الإجماع فى الرمى بالزنا فقط. أما الرمى باللواط فلا إجماع على وجوب الحد به لأن عطاء وقتادة وأبو حنيفة قالوا: لا حد على من قذف رجلاً بعمل قوم لوط. ولعل المصنف قصد بالإجماع هنا إجماع المالكية والله أعلم. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٠٩)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٤٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٥).

(٥) ثبت فى (ب) تعالى.

(٦) ثبت فى (ب) تخلصه.

(٧) قال الشيخ سحنون فى المدونة: قال ابن القاسم: فأدى فيه الحد وقال غيره: لا حد عليه لأنه =

فصل

وإنما قلنا إذا نفى رجلاً عن أبيه فعليه الحد لأنه قد عره بذلك وقذف أباه وأمه فعليه الحد، ومن نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه كاذب قطعًا، والكذب لا يعر المقول له، والفصل بين قوله لست لأبيك وقوله لست لأمك أن نسب الولد لاحق بأبيه حكمًا ويلحق بأمه مشاهدة [وحكمًا][1] ويقينًا بمشاهدة الولادة وإمكان البينة عليها، ونفى النسب عن الأب لا يعلم صدقه من كذبه فتلحقه المعرة فى نفيه.

فصل

ومن نفى رجلاً من ولائه فهو كنفيه إياه من نسبه لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2]، وقوله ﷺ: «مولى القوم منهم»[3] وإذا وجب الحد فى نفى النسب وجب فى نفى الولاء، وقال بعض شيوخنا: فيها نظر ويجب أن لا يلزم الحد فى نفى النسب وجوبه فى نفى الولاء لأن نافيه كاذب لأن الولاء يثبت بالعتاقة وهى معلومة مشاهدة فنافيها كاذب، وهو كنافى ولد الأم.

قال القاضى أبو محمد: وفى هذا الذى قاله شيخنا نظر لأن العتاقة معلومة حكمًا لا مشاهدة لأن العتاقة التى يثبت بها الولاء بإعتاقه الملك[4] وكون الإنسان مالكًا[5] لمعتقه لا يعلم إلا حكمًا لا مشاهدة وإذا شاهدناه قد أعتقه فإنما شاهدنا إعتاق من يحكم لكونه مملوكًا كالمعتقة وحكمًا لا قطعًا، وهذا كله إذا نفى المولى عن مولاه الذى باشر عتقه فأما إذا نفى ابن المولى فيجب أن يحكم لنفيه إياه من نسبه[6] لا لنفى الولاء، وإنما قلنا إنه إذا

= صرح بما رماه به وقد ترك عمر زيادًا الذى قال رأيته بين فخذيها. انظر المدونة (٤/ ٣٦٦)، انظر حاشية الدسوقى على شرح الكبير (٤/ ٣٢٨).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٤١) قال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وقال: فيه عبيد بن القاسم وهو كذاب. انظر مجمع الزوائد (٤/ ٢٣٤).

(٣) أخرجه البخارى فى المناقب (٦/ ٦٣٨) ح (٣٥٢٨)، النسائى فى الزكاة (٥/ ٨٠) باب (ابن أخت القوم منهم).

(٤) ثبت فى (ب) قلت.

(٥) ثبت فى (ب) المالك.

(٦) ثبت فى (أ) فيجب أن يحد لنفيه أباه عن نفسه.

رماه بالسرقة والقتل وغير ذلك فإنه يعزر لأنه لقد آذاه بذلك وألحق به المعرة بذلك الفعل فيجب ردعه وزجره.

فصل

وليس فى التعزير[(١)] حد مضروب إلا اجتهاد الإمام فيما يغلب على ظنه أنه ردع للمعزر خلافًا لأبى حنيفة[(٢)] والشافعى فى قولهما لا يزاد على أربعين[(٣)] وقول غيرهما ما [ينقص من الحد خمسة أسواط[(٤)]، لأنه إجماع الصحابة لأن عمر رضى الله عنه جلد معن بن زائدة][(٥)] لما نقش على خاتم بيت المال وأخذ به من صاحبه مالاً فضربه مائة وحبسه ثم كلم به فضربه مائة ثم كلم به ثالثة فقال ذكرتنى الطعن وكنت ناسيًا فضربه مائة، وروى عن على رضى الله عنه أنه ضرب فى التعزير خمسًا وتسعين سوطًا[(٦)]، ولأن الفرض بالحد لما كان الردع والزجر عن ارتكاب ما فعل وجب أن يباح منه قدر ما يحصل به الغرض، ولأنه ضرب رآه الإمام محتاجًا إليه فى ردع المعزر فجاز أن يبلغه، أصله ما دون الحد.

فصل

إذا عرض بالقذف تعريضًا يفهم منهم أنه أراده فعليه الحد وحكمه حكم الصريح، وذلك معلوم بشاهد الحال ومخارج الكلام والأسباب، وقال أبو حنيفة[(٧)] والشافعى لا

---

(١) التعزير فى اللغة من العزر وهو اللوم ويقال: عزره يعزرُهُ وعزَّره والتعزير ضرب دون الحد أو هو أشد الضرب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/٨٨).

(٢) قال الشيخ المرغينانى فى الهداية: والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطًا وأقله ثلاث جلدات وهو قول أبى حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطًا. انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/٤٠٦)، انظر الاختيار للموصلى (٣/٢٧٨).

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٠/١٧٤)، انظر المهذب للشيرازى (٢/٢٨٨).

(٤) وهو قول ابن أبى ليلى وهو رواية عن الإمام أحمد وهو قول أبى يوسف. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/٢٢)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٣٤٧)، انظر الاختيار للموصلى (٣/٢٧٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ثبت فى (ب) عمر.

(٧) ذكره الشيخ الكاسانى. حيث قال: والقذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/٤٣).

حد فيه[1]، ودليلنا أنه لفظ يفهم منه القذف كالصريح، إن كابروا وقالوا لا يفهم منه القذف فقد أحالوا المسألة لأن الخلاف فيه إذا فهم منه ما يفهم من الصريح فإذا أحالوا ذلك ارتفع الخلاف.

فصل

حد القذف على الحر ثمانون، وعلى العبد أربعون، والأصل فيه قوله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾** [النور:٤]، ولأن ذلك فعل النبي ﷺ والصحابة بعده، وعلى العبد أربعون لأن حده على النصف من حد الحر.

فصل

ومن سب النبي ﷺ قتل ولم تقبل توبته، وفي الكافر روايتان: إحداهما أن توبته لا تقبل، والأخرى أنها تقبل وهذا إذا سبه بغير الوجه الذي كفر به وإنما قلنا إن المسلم أو الكافر إذا سب النبي ﷺ قتل أن ذلك علم على ارتداده وقد قال ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[2] وقوله تعالى: **﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجًا مما قضيت﴾** [النساء:٦٥] فأخبر أن الإيمان لا يحصل منهم متى لم يحكموه بينهم ويعتقدوا أنه يحكم بالصواب، ولأن أبا بكر رضوان الله عليه سبه رجل فقام رجل فشهر سيفه ليضرب عنقه فقال أبو بكر: ما الذي أنت صانع فقال أقتله لسبه إياك فقال: ليس ذلك إلا لرسول الله ﷺ[3].

ولم يخالف عليه أحد، ويعرض الكلام في قذفه ﷺ، فنقول إن القذف يراعى فيه الإحصان وللإحصان تأثير فيه يتعلق به الحد فيجب أن يكون منه ما يتعلق به القتل، أصله الزنا.

وقولنا يتعلق به الإحصان احترازًا من الشرب، وإذا ثبت أن منه ما يوجب القتل فليس ذلك إلا للنبي ﷺ، ولأن حد القذف مبني على حسب حرمة المقذوف ألا ترى أنه لا حد على قاذف الكافر لأنه لا حرمة له وكذلك قاذف العبد لنقصان حرمته عن

(١) ذكره الشيخ الماوردي. انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ٢٦١, ٢٦٢).

(٢) تقديم تخريجه.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٩٦) ح (١٣٣٧٧).

الحر، وحرمة النبى ﷺ أعظم من حرمة جميع أمته بمزية لا يشاركه فيها أحد منهم فوجب أن يكون لحد قذفه زيادة على غيره وليس إلا القتل.

فصل

وإنما قلنا إن توبته لا تقبل إعظامًا لحرمته ﷺ ولأن التوبة من قذف غيره لا تقبل فى سقوط الحد ففى قذفه أولى.

فصل

ووجه قوله فى الكافر إذا قال: أنا مسلم أنه يقتل ولا يقبل منه اعتبارًا بالمسلم، ووجه قوله يقبل منه قوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال:٣٨]، وقوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله»[١]، ولأن ذلك ليس بأعظم من كفره، والفرق بينه وبين المسلم أن الكافر يعلم منه اعتقاد ذلك وإنما يقتل على إظهاره والمسلم يعلم منه اعتقاد تعظيمه ﷺ فسبه دلالة على ردته.

فصل

إذا أقر بالزنا فإن عين وقال بفلانة وكان ممن يحد قاذفها فإن صدقته حد للزنا دون القذف، وإن أكذبته حد للزنا والقذف لأنه حصل قاذفًا زانيًا، وسواء كان بكرًا أو ثيبًا فإنه يجتمع عليه الحدان ولا يتداخلان[٢] لأن أحدهما يجب لحق الله على التجريد وهو حد الزنا والآخر يتعلق بحق الآدميين فلذلك لم يتداخلا، وقال أشهب يحد للزنا دون القذف، قال: لأنه لا يخلو أن يكون صادقًا أو كاذبًا، فإن كان صادقًا لم يحد للقذف، وإن كان كاذبًا حد للقذف دون الزنا فعلى أى الوجهين كان فلا يجتمع عليه الحدان، وقال شيخنا أبو بكر قد يزل[٣] إلى قسم ثالث وهو أن يكون مكرهًا لها على الزنا فيكن صادقًا فى إقراره على نفسه بالزنا كاذبًا فى قذفه إياها فيجتمع عليه الحدان.

فصل

وإذا لم يعين حد الزنا ولم يحد بالقذف للجهالة بصفة المقذوفة لجواز أن يكون ممن لا يحد على قاذفها.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر المدونة (٤/٣٩٦). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٧٨).

(٣) ثبت فى (ب) يخلوا.

فصل

وإذا مات المقذوف قبل أن يحد قاذفه فلورثته أن يحدوه لأنه حق من حقوقه يجوز له التوكيل فيه فكان للورثة القيام له اعتباراً بسائر حقوقه، ولأن القذف تنتشر معرته على أولياء المقذوف فكان لهم القيام به.

فصل

إذا قال لابن أمة أو كتابية: يا ابن الزانية فلا حد عليه، فإن قال: يا ابن زنية[(١)] فعليه الحد، والفصل بينهما أن قوله يا ابن زنية نفى له من نسبه وإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه، وقوله: يا ابن الزانية قذف لأمه لا نفى لنسبه.

فصل

إذا قال له: يا منبوذ فعليه الحد[(٢)] لأنه عرض له بنفى نسبه لأن المنبوذ منقطع النسب غير لاحق بأحد.

فصل

اختلف عنه فى حد القذف هل هو من حقوق الله أو من حقوق الآدميين وفائدة ذلك أنه إذا كان من حقوق الله فلا يجوز العفو عنه بعد بلوغه إلى الإمام وإذا كان من حقوق الآدميين جاز العفو عنه[(٣)]، والصحيح أنه من حقوق الآدميين بدليل أنه يورث عن المقذوف وحقوق الله لا تورث، ولأنه لا يستحق إلا بمطالبة الآدمى [والله أعلم][(٤)].

* * *

(١) ثبت فى (أ) زانية.

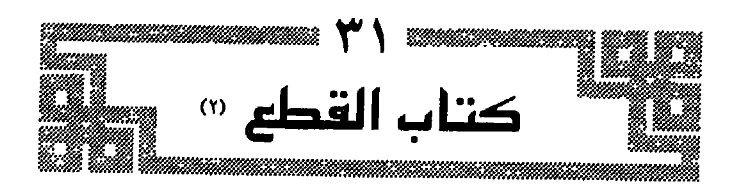
(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٧٧).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٧٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٣١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٣١ كتاب القطع (٢)

مسألة

[قال القاضى أبو محمد](٣): ويجب القطع على من يسرق من العقلاء البالغين ربع دينار من الذهب على اختلاف صفاته وأنواعه من جودة أو رداءة أو معمل أو مهمل(٤)، أو ثلاثة دراهم من الورق على اختلاف أنواعها لا يقوّم أحد الصنفين بالآخر، أو عرض يساوى أحدهما بحيث يكون الغالب من نقده إذا أخرجه من حرزه الذى هو حرز مثله على ما نبينه من بعد، حرًا كان السارق أو عبدًا، مسلمًا كان أو كافرًا، ذكرًا كان أو أنثى، منفردًا أو مشاركًا بربع دينار فما زاد عليه، إذا كان المسروق مما يحتاج إلى التعاون فى سرقته مثل الجذع أو العدل الذى لا يمكن الانفراد بسرقته، فإن كان مما يمكن الواحد كالكيس(٥) وشبه فأخرجه الجماعة من حرز فالقطع على واحد منهم عند مالك،

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أى: كتاب القطع فى السرقة.

والسرقة فى اللغة : من سرق منهُ الشيء يسرق سرقًا وسرقه واستَرقَه جاء مستترًا إلى حرْزٍ فأخذ مالاً لغيره. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/ ٢٤٤).

وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هى أخذ مكلف حُرًا لا يعقل لصغره أو مالاً محترمًا لغيره نصابًا أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه .انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٤٩).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (ب) أو إهمال.

(٥) ثبت فى (ب) كالكبش.

ومن متأخري أصحابنا من سوى بين الأمرين فأوجب في الموضعين القطع واعتبره بما يحتاج إلى التعاون.

فصل

وإنما أوجبنا القطع بالسرقة في الجملة لقوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨] الآية، ولأنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم[١]، وقطع سارق رداء صفوان وقال لما قال له: لم أرد هذا هو عليه صدقة: (هلا قبل أن تأتيني به)[٢]، ولأن ذلك إجماع[٣].

فصل

وإنما شرطنا البلوغ والعقل في وجوب القطع لقوله تعالى: ﴿**جزاء بما كسبا نكالاً من الله**﴾ [المائدة:٣٨] وذلك لا يكون إلا بمكلف، ومن شرط التكليف البلوغ والعقل، ولقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث...» فذكر: «الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق»[٤]، ولأن ذلك حد من الحدود فلم يتوجه إلا على بالغ عاقل كحد الشرب والقذف.

فصل

وإنما شرطنا النصاب خلافًا لمن أوجب القطع في سرقة القليل [والكثير[٥]][٦] لما روى أنه ﷺ كان لا يقطع في التافه[٧] وروى (القطع في ربع دينار فصاعدًا)[٨].

---

(١) أخرجه البخاري في الحدود (١٢/٩٩) ح (٦٧٩٥)، ومسلم في الحدود (٣/١٣١٣) ح (٦/١٦٨٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود (٤/١٣٦) ح (٤٣٩٤)، والنسائي في قطع السارق (٨/٦٢) باب (ما يكون حرزًا وما لا يكون) وابن ماجه في الحدود (٢/٨٦٥) ح (٢٥٩٥).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٠)، انظر المغني لموفق الدين (١٠/٢٣٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) والكثير: سقطت من (أ).

(٦) وهو قول الحسن وداود وابن بنت الشافعي والخوارج. انظر المغني لموفق الدين (١٠/٢٤١)، الإشراف (٢/٢٩٠) ، انظر روضة الطالبين (١٠/١١٠).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) أخرجه البخاري في الحدود (١٢/٩٩) ح (٦٧٨٩)، ومسلم في الحدود (٣/١٣١٢) ح (١/١٦٨٤).

فصل

وإنما قلنا إن النصاب من الذهب ربع دينار، ومن الورق ثلاثة دراهم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه لا يقطع فى أقل من عشرة دراهم[١]، لقوله تعالى ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨] فعم، ولأنه ﷺ قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم[٢]، وقالت عائشة كان النبى ﷺ يقطع فى ربع دينار فصاعدًا[٣] [وروى القطع فى ربع دينار[٤]][٥] وهذا نص.

فصل

وإنما قلنا إن النصاب من الورق ثلاثة دراهم كانت قيمتها ربع دينار أو أقل لأنه لا يقوَّم الذهب بالفضة ولا الفضة بالذهب، خلافًا للشافعى فى قوله إنه لا نصاب للفضة وأن الاعتبار بربع دينار أو قيمته من الفضة أو العروض[٦]، لقوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨]، فالظاهر يعم من سرق ثلاثة دراهم قيمتها دون الربع، ويرى أنه ﷺ قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم[٧]، وهذا يفيد الاعتبار بالدراهم إذا بلغت هذا القدر، ولأنه أصل مال يعتبر فى الأثمان وقيم المتلفات فوجب أن تكون سرقته معتبرة بمقداره فى نفسه دون الاعتبار بغيره، أصله الذهب، ولأن كل حكم تعلق على الذهب والورق اعتبر فيه نصاب من الذهب وجب أن يعتبر فيه نصاب من الورق، أصله الزكاة[٨].

---

(١) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٤٠٨/٢,١)، انظر الاختيار للموصلى (٢٩٣/٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١٠/١٠)، انظر حاشية الجمل على المنهج (١٣٩/٥).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

فأما العروض فإنها مقوَّمة بالدراهم دون الذهب فإن ساوى ما سرق منها[١] ثلاثة دراهم قطع سارقه، وكان شيخنا أبو بكر يقول هذا إذا كان الغالب من نقد ذلك الموضع الفضة[٢] فإذا كان غالب نقدهم الذهب قوِّمت بالذهب.

فصل

وإنما سوينا بين أنواع الجنس لعموم الظواهر، ولأن كل حكم تعلق بالذهب والفضة اعتبر فيه نصاب يتساوى فيه سائر أنواعه كالزكاة.

فصل

وإنما اعتبرنا أن يسرق من الحرز خلافًا، لمن حكى عنه أن الحرز غير معتبر[٣]، لقوله ﷺ: «لا قطع فى تمر معلق ولا فى حريسة[٤] جبل، فإذا أواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن»[٥] ففرق بين أن تكون محرزة بإيوائها[٦] إلى المراح وبين أن تبقى على أصلها فى باب القطع فدل على اعتبار الحرز، وقوله: «ليس على المنتهب قطع ولا على مختلس ولا على خائن ولا على من أخذ وديعة عنده أو مال قراض فلا قطع عليه»[٧]

(١) ثبت فى (ب) منه.

(٢) ثبت فى (ب) إذا كان غالب نقدهم الدراهم.

(٣) وهو قول عائشة والحسن والنخعى وداود وابن حزم وجميع أهل الظاهر. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٥٠)، انظر الإشراف لابن المنذر (٢/ ٢٩٨)، انظر المحلى لابن حزم (١١/ ٣٢١, ٣٢٢).

(٤) الحريسة جمعها حرائس وهى جدار من حجارة يعمل للغنم. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/ ٢٠٦).

(٥) أخرجه أبو داود فى الحدود (٤/ ١٣٥) ح (٤٣٩٠) وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٦٥) ح (٢٥٩٦) ومالك فى الموطأ فى الحدود (٢/ ٨٣١) ح (٢٢)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٨١)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨) ح (١٧٢٠٤).

(٦) ثبت فى (ب) بأنواعها.

(٧) أخرجه أبو داود فى الحدود (٤/ ١٣٥) ح (٤٣٩١) (٤٣٩٢) (٤٣٩٣) والترمذى فى الحدود (٤/ ٥٢) ح (١٤٤٨) والنسائى فى السارق (٨/ ٧٩) باب: ما لا قطع فيه، وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٦٤) ح (٢٥٩١) وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

لأنه لم يمنع منه بحرز[١] فكذلك من أخذ فى دار غير مقفلة[٢] ولا ممنوعة عنه ولا عن غيره.

فصل

وإنما راعينا إخراجه من الحرز لأنه ما دام فى الحرز فلم [تتم السرقة لأن هتك الحرز لا يتم إلا][٣] بإخراج المسروق منه.

فصل

وإنما سوينا بين الرجل والمرأة، والحر والعبد، والمسلم والكافر لعموم الظواهر، ولأن القطع شرع لحفظ الأموال وصيانتها ولم يعتبر فيه تكافؤ الدماء بين السارق والمسروق منه فوجب اعتبار عمومه لأنه ضرب من حد الحرابة بدليل أن المسلم إذا سرق من الكافر وإن كان لا يقاد به إذا قتله فى الحرابة وإن كان لا يقاد به وإنه لا عفو فيه كما لا عفو للولى فى قتل الحرابة قبل التوبة.

فصل

وإنما قلنا إن الاشتراك فى سرقة النصاب لا يسقط القطع خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى[٥]، لعموم الظواهر والخبر، ولأن القطع شرع لصيانة الأموال لئلا تهتك ويجترأ عليها كالقصاص المشروع لحفظ النفوس ثم كان الاشتراك فى القتل لا يمنع القود لأن فى منعه إبطال الغرض الذى وضع له، كذلك الاشتراك، ولأن الجناية[٦] التى

---

(١) ثبت فى (أ) يجوز.

(٢) ثبت فى (ب،هـ) متعلقة.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) فى أنه لا يقطع إلا إذا أصاب كل واحد نصابًا، انظر الهداية للمرغينانى (١٠٢/٤٠٩). انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٧١).

(٥) قال الإمام النووى: لو أخرج اثنان من حرز نصابًا أو أكثر ولم يبلغ نصابين فلا قطع عليهما وإن أخرجا ما يبلغ نصابين قطعا جميعًا. وإن انفرد كل واحد بإخراج قطع من بلغ ما أخرجه نصابًا دون من لم يبلغ ما أخرجه نصابًا. انظر روضة الطالبين (١٠/١١٢)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٨).

(٦) ثبت فى (ب،هـ) الجنايات.

تستحق بهـا تناول الأعضاء [يجب][1] على الجمـاعة إذا اشتركـوا فيهـا ما يجب على المنفرد، أصله الجمـاعة إذا قطعت يد رجل أو عضواً من غير اليـد، ولأن اشتراكهم فى إخراج المسروق من الحرز يقتضى قطع الجمـيع بدليل أنهم لو سرقوا متاعًا فجعلوه على دابة إلى خارج الحرز لقطعوا.

فصل

وإنما فرقنا بين ما لا يمكن إخـراجه إلا بمعاونة وبين الثوب وغيـره مما لا يحتاج إلى معاونة لأن نسبته السرقة إلى الجميع فيقتضى أن يكون لكل واحد منهم قسط فيها وذلك لا يحصل إلا بـالتعاون الذى لولاه لم يخـرج المسروق من الحـرز، ووجه التـسوية فى إخراجه من الحرز حاصل منهم كالذى يحتاج إلى معاونة.

فصل

والاعتبار بقيمة العـرض المسروق وقت إخراجه من الحرز لا وقت القطع خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن الاعتبار بكمال النصاب وقت القطع[2] لعموم الظاهر[3]، ولأن النقص الحادث بعد انفصـال المسروق من الحرز لا يؤثر فى سقوط الحرز، أصله نـقصان العين، مثل أن يسـرق ثوبًا فيتـلف بعضه فى القطع فـرجع إلى ما دون النصـاب، ولأنه سارق لنصاب من حرز مـثله لا شبهة فيـه، أصله إذا لم ينقص القيمة، والاعتـبار فى الحدود حال الوجوب دون حال الاستيفاء، كـالعبد إذا زنى فلم يحد حتى أعتق والبكر إذا زنى فلم يحد حتى أحصن.

فصل

إذا سرق عبدًا كبيرًا فصيحًا لم يقطع لأن سـرقة هذا لا تصح فإن كان كبيرًا أعجميًا أو كان صغيرا قطع لأن هذا فى حكم البهيمة وأدون حالاً من الصغير الذى لا اختيار له ولا تمييز.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشـيخ الكاسانى. وقال: ذكـر الكرخى رحمه الله: لا يقطع إذا نقص السـعر وقت القطع وتعتبر قيمته فى الوقتـين جميعًا. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٧٩)، انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٨٤).

(٣) ثبت فى (ب) الظواهر.

فصل

إذا سرق حرًا صغيرًا قطع عند مالك[(١)]، وقال عبد الملك لا قطع عليه وهو قول أبى حنيفة[(٢)] والشافعى[(٣)] ودليلنا ما روى أنه ﷺ ذكر له أن رجلاً يسرق الصبيان فأمر بقطعه[(٤)]، ولأنه حيوان غير مميز سرق من حرز مثله يجب بذله عند الإتلاف كالبهيمة.

فصل

ويقطع فى سرقة الطعام الرطب واليابس من الفواكه والبطيخ وغيره كالقثاء، والتفاح واللحم[(٥)] مطبوخًا ونيئًا خلافًا لأبى حنيفة فى إسقاطه القطع بسرقة رطب الطعام[(٦)]، للظاهر والخبر، وقوله: (لا قطع فى تمر معلق فإذا أواه الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن)[(٧)]، ولأنه [مال][(٨)] متملك كاليابس، ولأن القطع يراد للردع والزجر والرطب أحوج إلى هذا من اليابس.

ويقطع فى سرقة المصحف خلافًا لأبى حنيفة[(٩)]، للظاهر والخبر، ولأن كل ما جاز بيعه [وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع فى سرقته كسائر الأموال، ويقطع فى سرقة جميع المتمولات التى يجوز بيعها][(١٠)] وأخذ العوض عليها: كان أصلها مباحًا كالماء والصيد والتراب والحشيش، أو محظورًا غير مباح كالثياب والعقار ونحوه، خلافًا لأبى

---

(١) انظر الموطأ (٢/٨٣٨)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٣٣). انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/٣٩٧).

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/٤١١)، انظر الاختيار للموصلى (٣/٢٩٨).

(٣) ذكره الإمام النووى، فقال: الحر لا يضمن باليد فلا قطع بسرقته وإن كان طفلاً لأنه ليس بمال. انظر روضة الطالبين (١٠/١٣٨)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٣٠٣).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٦٥) ح (١٧٢٣١).

(٥) ثبت فى (ب) دون اللحم.

(٦) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٢١٠)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٦٩).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٩) ذكره الشيخ المرغينانى. وقال: ولا قطع فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية. انظر الهداية (١, ٢/ ٤١٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٩٨).

(١٠) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

حنيفة فى قوله إن كل ما أصله مباحًا فلا قطع فى سرقته[١]، للظاهر والخبر، ولأنه نوع من مال يتـمول فى العادة كـالثياب، ولأن أصله مـباحًا[٢]، لا يمنع القطع فى سرقـته كالعبيد، أصلهم الإباحة لأنهم مباح لمن شاء أن يسرقهم من دار الحرب ويسترقهم[٣].

فصل

يقطع النباش[٤] إذا سرق من القـبر كفنًا يسـاوى نصابًا خلافًا لأبى حنيـفة[٥] للظاهر والخبر، ولأنه سـارق للنصاب من مال لا شبهـة له فيه من حرز مـثله فيلزمه[٦] القطع كسـائر السراق، ولأن سـقوط القطع لا يخلو أن يـكون لعدم الملك أو الحـرز أو لعدم الخصـومة، ولا يجوز أن يكون لعـدم الملك لأن الملك ثابت على الكفن إمـا للميت أو لورثته، ولا لعدم الحـرز لأن القبر حرز للميت ولكفنه، ولأن حـرز كل شىء ما جرت العادة به ومن دفن مـيتًا بكفنه وسد القبـر لم ينسبه أحد إلى إضـاعة الكفن ولا[٧] إلى تفريط فيـه، ولا لعدم الخصومة [لأنهـا واجبة للورثة أو الإمام إذا لـم تبق جهـة لسقوط القطع فثبت وجوبه][٨].

فصل

ويقطع من سرق من المغنم ومن بـيت المال خلافًا لعبد الملك فى قـوله إنه من سرق زيادة على قدر نصيبه بربع دينار قطع وإلا فلا قطع عليه[٩]، ووجه إيجاب القطع الظاهر

(١) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/٤٠٩, ٤١٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٩٧).

(٢) ثبت فى (أ) كون الأبوحة.

(٣) ثبت فى (ب) ويسرقهم.

(٤) النبـاش: من النبش وهـو إبراز المسـتـور وكشف الـشىء عن الشىء. انظر القـامـوس المحـيط للفيروزآبادى (٢/ ٢٨٩).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى. وقال: هذا عند أبى حنيفـة ومحمد وخالفهم فى ذلك أبو يوسف وقال: يقطع النباش. وانظر الهداية (١, ٢/ ٤١٢)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٩٩).

(٦) ثبت فى (ب) فلزمه.

(٧) لا: سقطت من (أ).

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. وقال طائفة من أصحاب مالك: لا يقطعون السارق من المغنم إلا أن يأخذ فوق نصيبه مقدار القطـع فى مثله. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٨١). انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٣).

والخبر، ولأنه سرق مالاً من حرز لا شبهــة له فى عينه كغير المغنم، ولأن كل مال تقبل شهادته فيه جاز أن يقطع فى السرقة منه كمـال الأجنبى، ووجه إسقاطه حصول الشبهة له فيه كالأب يسرق من مال ابنه.

فصل

لا قطع فى ثمر مـعلق ولا نخل ولا شجـر ولا حريسة جـبل إلا إذا أواه الجرين أو المراح قطع فى سرقتـه، والأصل فيه قوله ﷺ: «لا يقطع فى ثمــر ولا كثر»[1] [والكثر الجمار][2] معناه فى رؤوس النخل والشجر لأنه لم يضعه فيه كمن يقصد إلى إحرازه فيه وإنما هو بوضع الله تعالى، فإذا أواه إلـى الجرين ففيه القطع لأنه أحـرزه فى حرز مثله، والغنم فى الرعى كذلك أيضًا لا قطع فيها لأنها منتشرة[3] فى غير حرز فإذا أواها المراح حصلت حينئذ محرزة.

فصل

ومن دخل دارًا فيها منازل متفرقـة لقوم منزل كل واحد مغلق عن منزل الآخر فسرق من بعضها شـيئًا وأخرجه إلى ساحة الدار فعليه القطع لأنه قـد أخرجه من حرزه ولأن من حرزه البيت الذى هو فيه ويغلق بابه عليه[4] دون ساحة الدار فإن كانت الدار لواحد فلا قطع عليه حتى يخرج به من جميعها لأن جـملتها حرزًا لما يكون فيها، فإذا أخرجه إلى ساحتها كان كمن نقله من موضع [من الحرز][5] إلى موضع منه آخر فلا قطع عليه.

فصل

المراعاة[6] فى القطع إخراج الشىء المســروق من الحرز فمن باشــر ذلك قطع كان هو

(١) أخرجه أبو داود فى الحـدود (٤/ ١٣٤ ـ ١٣٥) ح (٤٣٨٨)، والنسائى فى السارق (٨/ ٧٩) باب (ما لا قطع فيه)، وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٦٥) ح (٢٥٩٣)، والترمذى فى الحدود (٤/ ٥٢) ح (١٤٤٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب، هـ).

(٣) ثبت فى (ب) متسيرة.

(٤) ثبت فى (ب) وتعلق بأنه عليه.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ثبت فى (ب) المراعى.

خارج الحرز أو داخله، فلو اجتمع سارقان أحدهما خارج الحرز والآخر داخله فقرب الداخل المتاع إلى موضع النقب داخل الحرز فإن أدخل الخارج يده فأخرجه فعلى الخارج القطع لأنه هو المخرج له دون الداخل، وقد قيل[١] لا قطع عليه لأنه لم يكن منه إخراج فى الحقيقة لأنه كان فى حكم المخرج بتقريبه إلى باب النقب[٢] فصار كالمخرج من غير حرز، فإذا [لم يجب عليه][٣] لم يجب على الداخل لأنه فى الحقيقة لم يخرجه من الحرز وإنما عرضه للإتلاف والإخراج، والقياس أن القطع على الخارج لأنه باشر إخراج المسروق من الحرز.

وإن أخرج الداخل المتاع بيده أو برميه إلى خارج الحرز فعليه القطع لأن الخارج لم يكن له صنع فى إخراجه من الحرز، وقال شيخنا أبو القاسم رحمه الله والداخل إذا قرب المتاع إلى النقب[٤] ولم يخرجه يحتمل أن لا يقطع لأنه نقل المتاع من موضع الحرز إلى موضع آخر ولم يباشر إخراجه من [جملة الحرز][٥]، ويحتمل أن يقطع لأن الخارج لم يتمكن بإخراج السرقة إلا بتقريب الداخل لها إليه فوجب أن يقطعا جميعًا لأنهما اشتركا فى إخراج السرقة من حرزها.

فصل

ويقطع فى أول السرقة اليد اليمنى من الكوع ويحسم بالنار فتكوى، ثم فى الثانية الرجل اليسرى من الكعب، ثم فى الثالثة اليد اليسرى من الكوع، ثم فى الرابعة الرجل اليمنى ثم فيما بعد ذلك الضرب والحبس، واختلف فيه إذا لم يكن له يمين أو كانت شلاء: قيل يقطع رجله اليسرى وقيل بل يده اليسرى، وإذا ذهبت أصابع من اليد فإن كان الباقى أكثر قطعت، وإن لم يبق إلا أصبع أو أصبعان عدل إلى الرجل.

فصل

وإنما أوجبنا القطع من الكوع خلافًا لمن يقول من الأصابع أو الأبط[٦] لقوله تعالى

---

(١) ثبت فى (ب،هـ) قال.
(٢) ثبت فى (ب) الثقب.
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٤) ثبت فى (ب) الثقب.
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٦) روى عن على رضى الله عنه : قطع الأصابع من اليد وقطع نصف القدم من الرجل. وقالت =

: ﴿اقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨] والأخذ بأوائل الأسماء واجب، ومن قطع من الكوع سمى مقطوع اليد ولا يسمى بذلك من قطعت أصابعه، ولأن النبى ﷺ فعل ذلك هو والسلف بعده.

فصل

وإنما قلنا يقطع فى الثانية يسرى رجليه لقوله ﷺ: «إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»[1] وهذا نص وروى أنه ﷺ: «أوتى بسارق فقطع يده ثم أوتى به ثانية قطع رجله[2]، ولأن ذلك مروى عن أبى بكر وعمر وعلى رضوان الله عليهم»[3].

فصل

وإنما يقطع فى الثالثة والرابعة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا يقطع[4] لقول الله عز وجل: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨] ولم يخص يمنى من شمال، وقد قال ﷺ: «إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»[5] ولأن كل يد تؤخذ قصاصًا فلها مدخل فى قطع السرقة كاليمنى، ولأنه سرق[6] مع وجود بعض[7] الأطراف جاز أن يجب القطع فيها كالأولى والثانية، وفعله أبو بكر رضى الله عنه[8] ولا مخالف له.

= الخوارج: قطع اليد من المرفق أو المنكب. انظر المحلى لابن حزم (١١/ ٣٥٧)، انظر الإشراف لابن المنذر (٢/ ٣٠٦).

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ١٨١) ح (٢٩٢)، وذكره الحافظ ابن حجر وعزاه إلى الطبرانى وقال: إسناده ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٤/ ٧٦).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٧٤) ح (١٧٢٦٢).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٧٥) ح (١٧٢٦٥).

(٤) قال الشيخ المرغينانى: إن سرق ثالثًا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر أيضًا ذكره المشايخ رحمهم الله، وهو رواية عن أحمد بن حنبل وبه قال على رضى الله عنه والحسن والنخعى والشعبى والزهرى وحماد والثورى. انظر الهداية (١, ٢/ ٤١٧)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٨٦)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٧١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى الأصل (سرقة) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٧) ثبت فى (ب) نقص.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا فى الخامسة إنه يضرب ويحبس لأن الشرع لم يرد بقطع شىء فى السرقة سوى الأطراف الأربعة فلم يبق إلا تأديبه بالضرب والحبس ولا يجوز قتله خلافًا لمن حكى عنه ذلك[١]، لأن السارق لا يجب قتله كسارق الأولى والثانية.

فصل

وإنما قلنا تحسم بالنار وتكوى لأنها إن تركت تعدى ضررها إلى المرفق وربما أتت على النفس وليس الغرض إلا إبانتها فقط فوجب أن يقتصر على ذلك.

فصل

ووجه القول بأنه إذا لم يكن له يمنى أنه يقطع الرجل اليسرى إن عدم اليمنى من اليدين يوجب قطع اليسرى من الرجلين، أصله إذا قطعت فى السرقة، ووجه الأخرى أن اليد باليد أشبه [بها من][٢] الرجل وأولى أن تقوم مقامها ويؤخذ بها والأول أقيس.

فصل

وإنما قلنا إن الشلاء لا تقطع لأن الغرض بالقطع إبانة منفعتها والشلاء معدومة المنفعة، ولأنه قطع واجب فى طرف يراد به تفويت[٣] منفعته فلا يؤخذ إذا لم يكن فيه منفعة كالقصاص.

فصل

وإنما قلنا فى ذهاب الأصبع ما قلناه لأن بقاء الأكثر يبقى معه أكثر المنافع فكان كذهاب الجميع.

---

(١) روى ذلك عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز.
وعند الإمامية يسجن فى الثالثة ويقتل فى الرابعة. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٧١). انظر المبسوط للطوسى (٨/ ٣٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ثبت فى (أ) ترفية.

فصل

إذا سرق الأبوان من مـال الولد لم يقطعا لأن لهمـا شبهة فى مـاله بدليل قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك»[١]، ولأنه لا يحد إذا زنى بأمته ولا يجوز له نكاحهـا، ولوجوب النفقة عليه فى إعساره، وحكم الأجداد والجدات حكم الأبوين دنيا[٢] لقوة أمر الولادة.

فصل

وإذا سرق الولد من مالهم قطع خلافًا للشافعى[٣] للظاهر والخبر ولأنه لا شبهة له فى مال أبيه وأمه كالأجنبى بدليل عكس ما ذكرناه.

فصل

ومن عدى عمود النسب الأعلى من الولادة يقطع فى سرقته من مال نسبه[٤] كالإخوة والعمومة والأخـوال وغيرهم، خلافًا لأبى حنيفة فى قـوله لا يقطع فى السرقة من ذى رحم محرم[٥]، للظاهر والخبر، ولأنهـا قرابة لا يقتضى شبهة للسارق فى مال المسروق منه كبنى العمومة.

فصل

الزوجية لا تمنع القطع فى سرقة أحدهما من الآخر خلافًا لأبى حنيفة[٦] وأحد قولى الشافعى[٧] للظاهر والخبر، ولأن الـزوجية لا تقتضى شـبهة فى مال ولا شركـة فيه لأنه عقد على المنافع كالأجير.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) دنيا: سقطت من (ب).

(٣) انظر الأم للشافعى (٦/١٣٩). وذكره الشيخ الماوردى. انظر الحاوى الكبير (١٣/٣٤٧).

(٤) ثبت فى (ب) نسيبه.

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/٤١٣)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠٠).

(٦) فى قوله أن الزوجية تمنع القطع. وقال الشيخ المرغـينانى: ولو كانت السرقة من الحزر الخاص لا قطع أيضًا. انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٤١٤). انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠٠).

(٧) مقطوع قول الشافعى رضى الله عنه: أن لا قطع فى سرقـة أحد الزوجين من مال الآخر إذا كان ذلك من حرز قد اشتركا فى سكناه.

أما إذا كانت السرقة من حرز لم يشتركا فى سكناه ففى قطع كل واحد منهما إذا سرق من مال =

فصل

إذا سرق متاعًا فقطع فيه ثم سرقه ثانية قطع أيضًا خلافًا لأبى حنيفة[1] لأنه حد يجب بإيقاع فعل فى عين فجاز أن يتكرر بتكرار الفعل بها، أصله إذا زنى حد ثم زنى بها ثانية.

فصل

إذا أقر السرقة ثم رجع إلى شبهة سقط عنه القطع ولزمه الغرم لأن القطع حق الله يلزم[2] بالثبوت على الإقرار به ويسقط بالرجوع عنه، والغرم حق لآدمى لا يسقط بالرجوع عنه، وإن أكذب نفسه فعلى روايتان وقد ذكرناه فى الزنا، وهذا فى القطع وأما الغرم فلا يسقط على أى وجه رجع.

فصل

إذا قطع السارق ثم وجد الشىء المسروق عنده لزمه رده إلى مالكه لأنه باق على ملكه لم يخرج عنه بقطع سارقه، ولأن القطع ليس ببدل من العين المسروقة ولا بعوض منها وإنما هو لانتهاك حرمة الحرز.

فصل

وإن تلفت عنده وله مال غرمها، وإن لم يكن له مال لم يتبع بها[3]، وقال الشافعى

= صاحبة ثلاثة أقوال:

الأول: أنه لا قطع على واحد منهما وهو الذى نقله المزنى.

والثانى: يقطع كل واحد منهما إذا سرق من مال صاحبه نص عليه الشافعى فى اختلاف أبى حنيفة والأوزاعى.

والقول الثالث: حكاه الحارث بن سريج القفال: أنه يقطع الزوج ولا تقطع الزوجة. انظر روضة الطالبين (١٠/ ١٢٠)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٣٤٦).

(١) وهو استحسان وذلك فيما إذا تغير حال المسروق عنه فى المرة الأولى كان كان غزلاً فنسج. والقياس أن يقطع وهو رواية الحسن عن أبى يوسف. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠٣) ، انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٤١٣).

(٢) ثبت فى (ب) يلزمه.

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٨٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٤٧).

يتبع بها دينًا فى ذمته كالغصب[١]، وقال أبو حنيفة المالك بالخيار إن شاء قطع ولم يتبعه بالغرم وإن شاء غرمه[٢] ولم يقطعه، ولا يستحق على السارق الجمع بين القطع والغرم[٣] فدليلنا على الشافعى فى أنه لا يتبع فى الإعسار[٤] قوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨] ولم يوجب سوى ذلك، وروى عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: «وإذا أقيم على السارق الحد لا غرم عليه»[٥]، ولأن إتلاف المال لا يجب به عقوبتان، والقطع عقوبة فلا تجب عليه عقوبة أخرى.

فصل

ودليلنا على أبى حنيفة فى وجوب القطع مع اليسار أن السبب الموجب للقطع غير السبب الموجب للغرم لأن القيمة تجب لأجل الإتلاف والقطع لحق الله تعالى وهو إخراج المال المسروق، وإذا كان كذلك لم يتنافيا وكان كالمحرم يتلف صيدًا مملوكًا فيلزمه الجزاء والقيمة، وقال بعض شيوخنا إن أخذ القيمة مع القطع استحسان والقياس ألا يلزم شيئًا لأنه لو لزمه غرمها مع اليسار لزمه ذلك فى ذمته مع الإعسار، وإنما استحسنوا ذلك لجواز أن يكون قد أخذ لها بدلاً وثمنًا فاختلط بماله.

[قال القاضى أبو محمد رضى الله عنه][٦]: والفرق بين هذا وبين قول[٧] أبى حنيفة أن عند أبى حنيفة يسقط القطع إذا اختار المالك إغرامه وعندنا لا يسقط بوجه، وهذا كله إذا كان المسروق نصابًا يقطع فيه فأما إن كان دونه فالغرم واجب مع العسر واليسر لأنه ليس فيه قطع ولا اجتماع عقوبتين.

---

(١) قال الإمام النووى: يرد المال إذا كان باقيًا ويضمنه إن تلف سواء فى ذلك الغنى والفقير. انظر روضة الطالبين (١٠/١٤٩)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٣٤٢).

(٢) ثبت فى (ب) ابتعه.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٤٢١)، انظر الاختيار للموصلى (٣/٣٠٣)، انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٨٤).

(٤) الذى أثبتناه من (ب) وهو المناسب وفى باقى النسخ (اعتباره).

(٥) أخرجه النسائى فى السارق (٨/ ٨٥) باب (تعليق يد السارق فى عنقه) وهذا مرسل وليس بثابت وهو ضعيف عند أهل الحديث.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) قول: سقطت من (أ).

فصل

ومن سرق من حلى الكعبة فلا قطع عليه وكذلك من قناديل المسجد وآلته لأن ذلك غير محرز فيه لأن دخوله مباح مأذون فيه، ومن أصحابنا من يقول إن كان ذلك نهاراً فلا قطع وإن كان ليلاً وقد أغلقت أبواب[١] المسجد قطع لأن بإغلاق المسجد يصير ما فيه محرزاً فسارقه سارق من حرز فيلزمه القطع.

فصل

إذا سرق حليًا من صبي: فإن كان معه من يحفظه قطع لأن حفظ الحافظ له حرز للحلى ولما عليه، وإن كان مخلى فلا قطع عليه[٢] لأن الصبي ليس بحرز لما معه، وإن كابره فلا قطع عليه[٣] كان معه حافظ أو لا لأن ذلك غصب وليس بسرقة.

فصل

ويقطع الآبق إذا سرق من غير سيده خلافًا لبعضهم[٤]، للظاهر والخبر، ولأنه مكلف سرق نصابًا من حرز مثله لا شبهة له فيه كغير الآبق.

فصل

ولا يقطع العبد إذا سرق من مال سيده، وكذلك المدبر والمكاتب وأم الولد لأن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه رفع إليه عبد سرق من مال سيده فقال عبدكم سرق متاعكم لا قطع عليه[٥]. ولأن القطع معلق بالضمان فلما لم يضمن العبد ما استهلك من مال سيده لم يقطع فى سرقته، ولأن القطع شرع صيانة للأموال وحفظًا لها فلو قطعنا العبد فى سرقته من سيده كنا قد أتلفنا ماله وذلك ضد حفظه.

---

(١) أبواب: سقطت من (ب).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ٣٤٣).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٨٣).

(٤) فى أنه لا يقطع. وهو قول مروان وسعيد بن العاص. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٧٥).
وقد نسب شيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة المقدسى هذا القول إلى الإمام الأعظم أبى حنيفة وليس هذا مذهبه فلا تغتر به. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٦٧).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ فى الحدود (٢/ ٨٣٩) ح (٣٣)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٨٩) ح (١٧٣٠٣).

فصل

وإن سرق عبد رجل من مال زوجة سيده أو عبد امرأة من مال زوجها من موضع قد أحرز عنه ولم يؤذن له فى دخوله فعليه القطع لأن حكم عبيدهم حكم ساداتهم فلما كان أحد الزوجين يقطع فيما سرقه من مال[1] الآخر من موضع قد أحرز عنه وأغلق دونه فكذلك يجب قطع عبده إذا سرق منه، ولأن كل ما يقطع فيه الإنسان يقطع يد عبده فيه وكل ما لا قطع للإنسان فيه فلا يقطع عبده فيه.

فصل

وإذا أتلف السارق المال فى الحرز قبل أن يخرج به أو خرج به بعد إتلافه وهولا يساوى نصابًا فعليه الغرم ولا قطع عليه[2] لأن الإتلاف إذا لم يتم السرقة فلا قطع فيه ويصير كالغصب والاعتداء من غير سرقة، والمراعى إخراجه بحاله من الحرز أو بلوغ قيمته نصابًا بعد الإتلاف حال إخراجه من الحرز.

* * *

(١) مال: سقطت من (أ).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٣٨).

٣٢
كتاب العتق (١)

إذا أعتق شركًا له فى عبد عتق عليه نصيبه، وقوِّم عليه نصيب شريكه إن كان موسرًا غائبًا كان الشريك أو حاضرًا أذن فى ذلك أو لم يأذن فدفعت القيمة وعتق عليه وكان له الولاء، وليس لشريكه أن يأبى ويتمسك بحصته إلا أن يقول: إما أعتق بحصتى ولا(٢) أقوِّمها فيكون ذلك له، ويكون الولاء بينهما إذا أعتقه منجزًا لا مؤجلاً، فإن أعتق إلى أجل كان كمن لا يعتق ودفعت إليه وينجز العتق.

وقال عبد الملك: يقع العتق منجزًا ولا يعتق بالسراية فى أظهر الروايتين بل بالتقدم ودفع القيمة إلى الشريك، ولا يلتفت إلى قول العبد: لا أختار تكميل عتقى به، وإن كان المعتق معسرًا لم يقوَّم عليه وكانت حصة الشريك وفاء بحالها إلا إن اختار الشريك إعتاق نصيبه(٣) ابتداء فيكون ذلك له، ولا يلزم العبد السعى فى قيمة نصيب الشريك منه ويبقى رقًا بحاله، وإن لم يكن له من المال من يفى بقيمة نصيب الشريك قوِّم عليه بقدر ما معه وعتق عليه وكان الباقى وفاء سواء كان العبد نصرانيًا أو مسلمًا كان لمسلمين أو لمسلم [واحد](٤) ونصرانى أعتقه المسلم أو النصرانى فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا أن يكون بين نصرانيين فلا يعرض لهما إذا كان العبد نصرانيًا وإن كان مسلمًا لزم فيه ما يلزم بين المسلمين.

وقال فى المختصر الكبير: لا قيمة على المعتق فإن مات العبد قبل تقويمه فلا شىء

---

(١) العتق فى اللغة: من الكرَم الجمال والنجابة والشرف والحرية ويقال: عتق العبد يعتق عتقًا. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/ ٢٦١).

وفى الاصطلاح عرَّفه الشيخ ابن عرفة الدسوقى بأنه: رفع ملك حقيقى لا بسباء مُحَرَّمٍ عن آدمى حَى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٦١).

(٢) ثبت فى (ب) إلا.

(٣) ثبت فى (ب) حصته.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

على المعتق، وإن كان معسرًا فرفع إلى الحاكم فحكم بسقوط التقويم عليه [ثم أيسر بعد ذلك فلا قيمة عليه، وإن لم يرفع حتى أيسر ففيها روايتان: إحداهما وجوب التقويم عليه][1]، والأخرى سقوطه عنه، ومن أعتق من بقية الشركاء حصته بعد إعتاق المعسر حصته فلا قيمة عليه لشركائه، والعبد بين الشركاء مختلفة أنصابهم منه:

أذا أعتق اثنان حصتهما قوِّم نصيب شريكهما الباقى عليهما بقدر أنصبائهما، وقيل على عدد رؤوسهما بخلاف الشفعة، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا قوِّم على الموسر وسقط عن المعسر، وكل من بعض العتق باختياره لزم تكميله عليه مثل أن يشترى بعض عبد ممن يعتق عليه كاتبه ابنه[2] أو أن يهب له[3] أو يتصدق به عليه أو أن يوصى له به فيقبله أو يأخذه صلحًا على أرش الجناية أو عن دعوى على إقرار أو إنكار أو يشتريه وكيل له وهو لا يعلم أو تصدقه امرأة فى نكاح عالة به أو ما أشبه ذلك، فأما إن ورثه فلا يلزمه تكميله ولو كان ببعض ما تقدم ذكره بعد عتق ما ملكه بالميراث لم يقوَّم عليه باقيه، ولو تأخر تقويم أمَةٌ عتق بعضها حتى ولدت كان ولدها بمنزلتها يقوَّم[4] معها، والاعتبار فى القيمة يوم الحكم دون يوم العتق، هذا الحكم فيه إذا كان بينه وبين غيره، فأما إن كان العبد كله له فأعتق بعضه فإن الباقى يكمل عليه، وقد اختلف عنه فى تكميله هل يكون بالسراية أو بالحكم فعنه فى ذلك روايتان:

إحداهما بالسراية، والأخرى بالحكم، ومن أعتق بعض عبده وهو مريض كمل عليه الباقى فى ثلثه، ولو وصى بإعتاق بعض عبده أو بحصته من عبد ففى تكميله روايتان[5]: إحداهما وجوبه، والأخرى سقوطه.

فصل

وإنما قلنا إنه يعتق عليه حصته من العبد لقوله ﷺ «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»[6]

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ابنه: سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (أ) يذهب له.

(٤) ثبت فى (ب) مقومين.

(٥) قال ابن عبد البر: من أوصى بعتق بعض عبده لم يعتق منه إلا ما أوصى بعتقه وقد قيل: يكمل عتقه فى ثلثه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٦٦).

(٦) أخرجه أبو داود فى الطلاق (٢/ ٢٦٤) ح (٢١٩٠). والترمذى فى الطلاق (٣/ ٤٧٧) ح (١١٨١) وابن ماجه فى الطلاق (١/ ٦٦٠) ح (٢٠٤٨) فى الزوائد: إسناده حسن. لأن على =

وهذا يملكه كله، وقوله ﷺ: «من أعتق شركًا له فى عبد قـوِّم عليه حصة شركائه»[(١)]، ولأنه أعتق ملكًا له ليس لأحد حق فيه فوجب نفوذه كالمنفرد به.

فصل

[وإنما[(٢)] قلنا إنه يكمل عليـه نصيب الشـريك إذا كان مـوسرًا لقولـه ﷺ «من أعتق شركًا له فى عـبد فكان له مال يبلغ ثمن المعـتق قوِّم عليه قـيمة العدل وأعطى شـركاءه حصصهم»[(٣)]، ولأن تبعـيض العتق جناية فـيلزمه غرم مـا أذهبه بجنايتـه، ولأن العتق مغلب ومبنى على السراية فوجود نقصه يؤدى إلى تكميله.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون مـوسرًا لقوله ﷺ: «... وكـان له مال يبلغ ثمن العبـد قوِّم عليه وإلا فقد عتق منه ما أعتق»[(٤)] وهذا نص ولأن فى تقويم حصة الشريك عليه وهو معـسر إضرارًا به وبالشريـك، وإنما لم نفرق بين الغائب والحـاضر لعموم الخـبر، ولأن الغائب يحكم عليه عندنا فى الحـقوق كلها ويستحب التوقف عليه إن كان قـريب الغيبة لجواز أن يختار إعتاق نصيبه.

فصل

وإنما لم نفرق بـين إذنه وبين عدم إذنه لعمـوم الخبـر، ولأن تكميل العتق يـتعلق به ثلاثة حقوق: حق لله تعالى، وحق للعبد، وحـق للشريك، فليس له إسقاط حق غيره ولا يصح أيضًا إسقاط حق نفسه قبل وجوبه.

فصل

وإنما شرطنا فى اعتبـار حصة الشريك أن يكون بعد أخذ القيمـة خلافًا للشافعى فى

= ابن الحسين بن واقـد مختلف فيه وكـذلك هشام بن سعد وهو ضعـيف . أخرج له مسلم فى الشواهد.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) من هنا بداية مطموس فى (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

قوله إنه يعتق بالسراية[١] لقوله ﷺ «من أعتق شركًا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة العدل وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه»[٢] فشرط فى عتقه أن يقوَّم عليه العبد وأن يدفع إلى الشريك، ولأن تصرف الإنسان فى ملكه لا يسرى إلى ملك غيره كالبيع، ولأنه تقويم لإزالة الضرر عن الشريك كالشفعة وقد ثبت أن ملك المشترى لا يزول عن الشقص إلا بعد قبض الثمن فكذلك فى [العتق][٣].

فصل

وإنما قلنا إن الولاء كله لمن أكمل عليه العتق لأن عتق جميع العبد من جهته فكان الولاء له لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»[٤].

فصل

وإنما قلنا إنه ليس لشريكه أن يأتى ذلك إذا لم يعتق من حصته لعموم الخبر، ولأن فى ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق العبد من تكميل العتق فلا يترك ومراده.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا اختار إعتاق نصيبه فذلك له لأن الغرض تكميل العتق بينهما فمن أى الشريكين حصل جاز.

فصل

وإنما قلنا إن الولاء يكون بينهما حينئذ لأن العتق حاصل منهما فلهما الولاء بقدر أنصبائهما.

فصل

ووجه قول مالك إنه لا يصح إعتاقه مؤجلاً لأنه باق على الرق إلى أن يحل الأجل، وإن مات قبل الأجل فعلى الرق ويبطل الغرض بتعجيل التكميل، ووجه قول عبد الملك

---

(١) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ١١٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ،ب).

(٤) أخرجه البخارى فى الصلاة (١/ ٦٥٥) ح (٤٥٦)، ومسلم فى العتق (٢/ ١١٤١) (٥/ ١٥٠٤).

أنه خدمة استثناء من لا يجوز له استخدامه فوجب بتخيير عتقه وسقوط استثنائه.

فصل

وإنما قلنا لا يلتفت إلى قول العبد لا أختار تكميل عتقى لعموم الخبر، ولأن فى ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق الشريك فلم يجز][1].

فصل

وإنما قلنا إن المعتق إن كان معسراً لم يلزم العبد السعى فى قيمة نصيبه منه خلافًا لأبى حنيفة[2]، لقوله ﷺ «من أعتق شركًا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق»[3] ولأنه عتق من غير جهة من كانت منه الجناية فلم يكن واجبًا كالمكاتب[4]، ولأن العبد لم تكن منه جناية ولا إتلاف وكذلك الشريك الذى لم يعتق وسبب الإتلاف هو من المعتق فإذا لم يلزمه تقويمه فالعبد أولى.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا كان معه قيمة بعض النصيب أخذت منه وعتق بقدرها من العبد لأن وجود المال لما كان شرطًا فى وجوب التقويم على الشريك وجب أن يكون كل جزء من العبد مقابلاً لجزء من المال، فإذا وجد من المال ما يعتق به بعضه عتق منه بقدره.

فصل

وإنما سوينا بين العبد المعتق بعضه مسلمًا أو نصرانيًا لعموم الخبر، ولأن ذلك حكم بين مسلمين فوجب أن يحكم فيه بحكم الإسلام.

فصل

وإنما سوينا بين كون السيد المعتق مسلمًا أو نصرانيًا لما قدمناه، ولأنه حكم بين مسلم

---

(١) نهاية المطموس الذى نبهنا عليه فى (ب) قبل ذلك.

(٢) فى قوله: إن الشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما فى الوجهين. انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٣٧، ٣٣٨)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٨٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب) كالكتابة.

ونصرانى فوجب أن يعتبر فيه حكم الإسلام اعتباراً بسائر الأحكام.

فصل

ووجه قوله فى العبد المسلم بين نصرانيين: يعتق أحدهما نصيبه منه إنه لا يقوَّم عليه حصة شريكه[١] أن تكميل العتق من حقوق الله تعالى وليس من حقوق الآدميين والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى ووجه إيجاب التقويم أن فى تكميل العتق ثلاثة حقوق: أحدها لله تعالى، والآخر للشريك والآخر للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصرانى المعتق نصيبه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصرانى ومسلم قاله شيخنا أبو القاسم رحمه الله.

فصل

وإنما قلنا إن العبد إذا مات قبل التقويم فلا قيمة على من أعتق حصته منه لأن القيمة تجب بالحكم فإذا مات تعذر التقويم فلم يلزم الشريك شىء لأنه لم يتلف على شريكه شيئًا.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا أيسر بعد الحكم بسقوط القيمة عنه لم يقوَّم عليه لأن الحكم بذلك قد نفذ فلا ينتقض بتغير الحال من بعد، فأما إذا لم يحكم بذلك حتى أيسر فوجه قوله بوجوب[٢] التقويم عموم الخبر، واعتباراً بيساره وقت الإعتاق، ووجه سقوطه أن العتق ضرب من الجناية والإتلاف فكان من شرط الغرم[٣] فيه اعتبار اليسر وقت الفعل دون وقت الحكم اعتباراً بغيره من الجنايات.

فصل

وإنما قلنا إن الشريك الآخر إذا أعتق فلا قيمة عليه لشريكه الباقى لأن الجناية بتبعيض العتق سابقة لإعتاقه، والقيمة إنما تلزم بالجناية.

---

(١) ثبت فى (أ) حصته الشريك.

(٢) ثبت فى (أ) يوجب.

(٣) ثبت فى (أب) العدم.

فصل

ووجه قـوله إن القيمة بين الشـركاء [المعتقـين على قدر أنصبـائهم أنه حق لله تعالى تتعلق بالمال لإزالة الضـرر عن الشركاء][1] فكان على قدر الأنصـباء اعتباراً بالشـفعة، ووجه قوله إنها على عدد[2] الرؤوس تساويهم فى الجناية بالتبـعيض والضرر لا يختلف لكثرة التبعيض وقلته، وإنما قلنا يقوَّم على الموسر ويسقط عن المعسر لأن الموسر إذا انفرد بإعتاق نصيبه يلزمه قيمة نصيب شريكه والقيمة لا تلزم المعسر فكان انضمامه إلى الموسر غير مؤثر فى القيمة عنه إذا كان وجوده كـعدمه، وقال عبد الملك يقوَّم على الموسر بقدر ما كان نصـيبه إن كان شـريكه المعسر موسـراً، ووجه ذلك أنه لم ينفرد تبعـيض العتق وإدخال الضـرر بل شاركه غيره فـى ذلك فإذا سقط حق الذى لم يعتق على المعـسر لم ينتقل إلى الموسر.

فصل

وإنما قلنا إن من ملك جـزءاً ممن يعتق عليـه بالنسب بشراء أو غيـر ذلك من اختـيار التمليك فـإن الباقى يقوَّم عليه فـلأن تملكه باختيـاره قصد منه إلى إعتـاق ما يملك منه فكان كمبتدئ العتق فى حصته من عـبد مشترك بينه وبين غيره فلزمه تمليكه، وفرقنا بين ذلك وبين أن يرثه لأنه لا صنع له فى الميراث فلا ينسب تبعيض العتق إليه.

فصل

وإنما قلنا إنه إن ورث بعضه فعتق عليه ثم اشترى منه جزءاً آخر أو قبل هبته منه عتق عليه ولم يقوَّم باقيه لأن ابتداء تبعيض العتق لم يكن من جهته، فما يتجرد منه بعد ذلك ليس بجناية توجب عليه التقـويم كالشريك الثانى يعتق بعد إعتـاق الأول فلا يقوَّم عليه نصيب الثالث.

فصل

وإنما قلنا إن الأمة تقوَّم بولدها إذا تأخر تقويمها لأن العتق قد تعذر فيها وقد ثبت لها وكان حكم ولدها حكمهـا، وسواء كانت حاملاً يوم العتق للجزء مـنها أو حملت بعد

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) على قدر.

ذلك لأنه داخل فى حكمها ومقوَّم على معتق سهمه منها.

فصل

وإنما قلنا إن الاعتبار فى القيمة يوم الحكم دون يوم[١] العتق لأن القيمة يتقدر وجوبها بالحكم لا بنفس الإعتاق، ألا ترى أن الشريك لو اختار إعتاق حصته لكان له ذلك، فما لم يحكم بها لا يجب، وإذا كان كذلك كان الاعتبار بها يوم الحكم دون يوم العتق.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا أعتق جزءًا من عبد يملك جميعه عتق عليه الباقى لأنه مبتدئ تبعيض العتق فوجب أن يكمل عليه[٢] باقيه، أصله العبد المشترك، ولأن الحكم عليه فى حصته أقوى من الحكم فى حصة غيره فلما كان التكميل[٣] واجبًا عليه فى حصة غيره كان فى حصة نفسه أولى.

فصل

ووجه الرواية الظاهرة أنه يعتق الباقى بالحكم اعتباره[٤] بالعبد بين الشريكين، ووجه السراية أنه مبنى على التغليب فإذا بعّض فى حق نفسه لم يبعّض وسرى إلى الجميع، كان لو قال يدك حرة أو رجلك، ويفارق ذلك العبد المشترك لأن تكميل العتق هناك جهة [غير جهته][٥] يمكن فيهما، بخلاف المنفرد به.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا ابتدأ ذلك فى مرضه قوِّم عليه الباقى فى ثلثه لأن التصرف على غير وجه المعارضة لا يجوز فى المرض إلا فى الثلث كالهبة والصدقة.

فصل

ووجه قوله فى الوصية بإعتاق بعض عبده أو بشرك له فيه فإنه يكمل عليه بقيته

---

(١) يوم: سقطت فى (ب،هـ).
(٢) ثبت فى (ب) استتمامه.
(٣) ثبت فى (أ،هـ) التمليك.
(٤) ثبت فى (ب) اعتبارًا.
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

عموم الخبر، والمعتق فى وصيته مـعتق، ولأنه مختار للتبعيض[١] فأشبه مباشرة الإعتاق فى الحياة [وإذا وجب التكمـيل فهو فى الثلث لأن حكم الثلث بعد الوفـاة حكم جميع المال فى الحياة][٢]، ولأنه لا يملك بعد موته إلا الثلث، ووجه نفى التكميل أن ملكه قد انتقل إلى ورثته وليس له إلا ما تصرف فيه من ثلثه وما لم يـتصرف فيه فى وصيته فهو للورثة ولم يكن من الورثة جناية توجب تكمـيل العتق عليهم فـلا يجب التكميل[٣] فى حقوقهم.

(١) ثبت فى (ب) لتبعيض العتق.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) ثبت فى (ب) التقويم.

باب

ومن أعتق فى مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم ومات من ذلك المرض أقرع بينهم فأعتق الثلث ممن خرج عليه السهم منهم ورق الباقى ولا يعتق من كل واحد ثلثه وقال أبو حنيفة لا مدخل للقرعة فى العتق أصلاً ولكن يعتق من كل واحد ثلثه[١] ويستسعى فى قيمة بقيته فإذا أداها إلى الورثة عتق[٢].

و دليلنا حديث عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له فى مرضه لا مال له غيرهم فبلغ ذلك النبى ﷺ فاقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة[٣] ففيه أدلة: [أحدها أنه ﷺأقرع، وعند المخالف أنه لا يقرع][٤]، والثانى أنه أعتق اثنين كاملين وعندهم لا يعتق رأس كامل، والثالث أنه نقل الحكم والسبب فلم ينقل الاستسعاء فدل على أنه غير واجب ولأن المريض ممنوع من جميع ماله فلم يكن له أن يعتق كل عبيده إذا كان لايملك غيرهم فإذا فعل ذلك عتق منه الثلث الذى كان يملك التصرف فيه ورق الباقى ولم يكن بعضهم أولى من بعض إذن لا مزية لبعضهم واحتيج إلى تمييز من يعتق من نصيب الورثة فلم يكن إلى ذلك طريق إلا الإقراع.

فصل

ولو قال ثلث رقيقى أحرار أسهم بينهم لأنه لم يعين فوجب الإقراع لتمييز نصيب العتق[٥] من نصيب الرق اعتبارًا بعتق جميعهم ولو قال ثلث كل واحد منهم حر لم يقرع بينهم لأنه قد تميز نصيب العتق[٦] من نصيب الرق وقصد إلى إعتاق ثلث كل واحد منهم

(١) ثلثه: سقطت من (أ).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٣٤٣). انظر الفتاوى الهندية (٢/ ٢٠).

(٣) أخرجه مسلم فى الأيمان (٣/١٢٨٨) ح (٥٦/١٦٦٨)، وأبو داود فى العتق (٤/ ٢٧) ح (٣٩٥٨)، والترمذى فى الأحكام (٣/ ٦٣٦) ح (١٣٦٤)، والنسائى فى الجنائز (٤/ ٥١) باب (الصلاة على من يحيف فى وصيته) وابن ماجه فى الأحكام (٢/ ٧٨٥) ح (٢٣٤٥). وأحمد فى المسند (٤/ ٥٢١) ح (١٩٨٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (أ) المعتق.

(٦) ثبت فى (أ) المعتق.

فنفذ العتق فيه ولم ينقل إلى غيره، وإذا أعتق الثلث شائعًا فلم يقصد عتق عبد بعينه ولا ميزه من غيره ولذلك وجب الإقراع.

فصل

والمعتق بعضه يكون له من نفسه بقدر ما فيه من العتق يقاسم سيده الخدمه كالعبد بين شريكين[1] وماله موقوف بيده ليس للسيد انتزاعه كالمشترك أنه ليس لأحد الشريكين أخذ ماله بغير إذن الآخر، وحاله فى جراحه وحدوده حال عبد فى أنه لا يقتص له من حر ولا يحد الأحرار ولا يكون محصنًا ولا تقبل شهادته لأن أحكام الرق أغلب عليه[2] من أحكام الحرية، كذلك إن مات ورثه من يملك بعضه كالعبد لأن الرق مقدم على الحرية، ولأن المواريث[3] طريقها الفضيلة ولم يبلغ منزلة الفضيلة فيرث أو يورث ولا شىء لمن أعتق نصيبه منه لأنه لا حكم لبعض الولاء مع الرق.

فصل

ومن مثل بعبده فقطع بعض أطرافه أو أعضائه أو سجل أسنانه أو فقأ عينه قاصدًا لذلك لزمه إعتاقه خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[4] لقوله ﷺ: «من مثل بعبده عتق عليه» وروى «فهو حر عليه»[5] ولأن ذلك عقوبته لئلا يعود إلى مثله فعوقب بعتقه كعقوبة القاتل عمدًا بمنع الميراث.

وإذا أراد أدبه فأصابه من ذلك ما لم يرده فلا يعتق عليه لأن الخطأ لا يستحق عليه به عقوبة لأنه غير مقصود ولا إثم فيه.

وإذا أعتق عليه فولاؤه له لأنه هو المعتق له وإن كان معتقه مستحقًا عليه كالعتق فى الكفارة ومن يعتق عليه من نفسه، وعنه فى كيفية عتقه روايتان:

---

(١) ثبت فى (ب) بين رجلين شريكين.

(٢) عليه: سقطت من (ا).

(٣) ثبت فى (ب) الموارثة.

(٤) ذكره الإمام النووى فى شرح صحيح مسلم وقال: قال سائر العلماء: لا يعتق عليه. انظر صحيح مسلم بشرح الإمام النووى (٦/ ١٢٧).

(٥) أصله عند مسلم بلفظ: من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته أن يعتقه أخرجه مسلم فى الأيمان (٣/ ١٢٧٨) ح (٢٩/ ١٦٥٧)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٦٨).

إحداهما أنه [يعتق عليه][(١)] بنفس المثلة[(٢)] دون الحكم، والأخرى دون نفس المثلة، فوجه الأولى قوله ﷺ: «من مثل بعبده عتق عليه»، وروى «فهو حر عليه»[(٣)] وظاهره يفيد بنفس الفعل، ووجه الثانية أنه فعل من جهته فى العبد استحق به إعتاقه بالشرع فوجب أن يفتقر إلى الحكم[(٤)] كتبعيض العتق.

فصل

ومن أعتق عبداً[(٥)] تبعه ماله إلا أن يشترطه السيد، وكذلك إذا أوصى بعتقه لقوله ﷺ «من أعتق عبداً وله مال فماله له إلا أن يستثنيه سيده»[(٦)]، وكذلك حكم إعتاقه المباشر فى الوصية واحد، ولهذه المسألة فروع مبنية على أصلين يختلف قول مالك فيهما وهما: بيع العبد، وعتقه لم يختلف قوله فى أن البيع يكون المال للبائع إلا أن يشترطه المشترى وفى العتق يكون تابعًا للعبد إلا أن يستثنيه السيد.

واختلف عنه فى الوصية به وهبته بغير عوض والتصدق به وإسلامه فى الجناية فعنه فيها روايتان: إحداهما أن ماله يتبعه، والأخرى أن ماله لسيده الأول، وإنما يختلف فى ذلك لاختلاف تعليل الأصلين فالبيع والعتق معللان بإحدى علتين: إحداهما أن البيع خروج ملك بعوض فلذلك لم يتبع العبد ماله، والعتق خروج ملك بغير عوض [فلذلك تبعه ماله فعلى هذا الاعتلال يكون ماله فى الوصية والصدقة والهبة تابعًا له لأن كل ذلك خروج ملك بلا عوض][(٧)]، وفى أرش الجناية لا يتبعه لأنه خروج ملك بعوض والأخرى أن علة البيع أنه خروج ملك إلى[(٨)] ملك فلذلك لم يكن تابعًا له، والعلة فى العتق أنه خروج ملك إلى غير مالك لذلك يتبعه ماله وعلى هذا يكون فى الوصية والهبة والصدقة ماله لسيده الأول لا يتبعه لأنه خروج ملك إلى مالك كالبيع.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) ثبت فى (ب) بالمثلة.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ثبت فى (ب) حاكم.
(٥) ثبت فى (ب) عبده.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٨) إلى سقطت من (ب).

فصل

ولا يتبعه ولده لأن ولده ملك لسيده فلا يتبعه كسائر أملاك[١] سيده.

فصل

ومن أعتق حاملاً عتق جنينها معها[٢] لأن كل ولد حدث من تزويج أو زنا فهو تابع لأمه في الحرية والرق، وكل عقد في الرقبة لا سبيل إلى حله اعتباراً بالأمة تزوج، ولأنه لا يوجد في الأصول حرة حامل[٣] بعبد.

فصل

عتاقة المديان الذي أحاط الدين بماله لا تجوز إلا بإجازة الغرماء[٤] لأن حقوق الغرماء متعلقة بماله وذمته ولهم التسلط على انتزاع ماله من يده في حقوقهم ففي إعتاقه إتلاف أموالهم فلا ينفذ إلا بإجازتهم.

فصل

عتاقة المولى عليه غير جائزة لأن الحجر عليه يمنعه من التصرف في ماله فيما [ليس بحظ له وجواز ذلك إتلاف][٥] ماله وزوال فائدة الحجر.

فصل

عتاقة الغلام والجارية قبل بلوغهما غير جائز[٦] لأنه قبل البلوغ لا حكم لقوله ولا لعقوده ولأنه ممنوع من التصرف في ماله بالحجر الثابت عليه، ولأن البالغ المولى عليه لا

---

(١) ثبت في (ب) أموال.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٦٢)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٧٦).

(٣) ثبت في (أ) حاملة.

(٤) ذكره ابن عبد البر ثم قال: فإن أعتق بغير إذنهم كانوا بالخيار في إجازة عتقه ورده. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٦١)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٩)، انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٤٠٩, ٤١٠).

ينفذ[١] عتقه فالصغير أولى.

فصل

إذا وطء المديان أمة لا يملك غيرها وحملت فإنها تكون أم ولد ويتعلق حقوق الغرماء بذمته ولا تباع فى الدين، والفرق بين ذلك وبين أن يعتقها بالقول فلا ينفذ إلا بإذن الغرماء أن الفعل إذا وقع لا يمكن إزالته وقد استقر عقد العتق فتعذر إبطاله ألا ترى أن المريض لا ينفذ عتقه بالقول فلو وطء أمة فحملت لكانت أم ولد.

فصل

الذين يعتقون على ملاكهم بالقرابة عمودى النسب الأعلى والأسفل كالوالدين والأجداد والجدات من قبل الأب والأم قربوا أو بعدوا والوارثين وغير الوارثين وأولادهم الذكور والإناث منهم والإخوة والأخوات من أى قبيل كانوا هم أنفسهم لا يتعدى ذلك إلى أولادهم ولا يعتق من سواهم من عم أو عمة أو خال أو خالة لا من يحرم منهم ولا من لا يحرم[٢].

والكلام فى هذه المسألة فى ثلاثة مواضع: أحدها وجوب العتق فى عمودى النسب خلافًا لداود فى قوله لا يعتق أب ولا ابن إلا أن يبتدئ المشترى بإعتاقه[٣]، والثانى فى الإخوة خلافًا للشافعى فى قوله: إنهم لا يعتقون[٤]، والثالث مع أبى حنيفة فى قوله إن كل ذى رحم يعتق بالملك[٥].

فدليلنا على داود قوله تعالى: ﴿وقالوا اتخذ الرحمن ولداً * لقد جئتم شيئًا إدًا...﴾

---

(١) ثبت فى (أ) لا ينعقد.

(٢) انظر المدونة (٢/ ٣٨٥)، وذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٤/ ٩٧١)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٦٦).

(٣) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة.
قال: وهو قول داود وأهل الظاهر. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٤٨)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٨٢).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: وإن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٤). انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٨٢).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية. انظر الهداية (٢/ ٣٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٨١).

إلى قوله تعالى: ﴿وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدًا * إن كل من فى السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدًا﴾ [مريم:٨٨ - ٩٣] فنفى عن نفسه اتخاذ الولد وعلل ذلك بأن الكل عبيد له وذلك ينفى كون الولد عبدًا، وقوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[١] ولأن المخالف لا يخلو أن يقول إن الإنسان إذا ملك أباه وابنه فإنه يعتق عليه بنفس الملك فذلك قولنا، أو يقول لا يعتق عليه بل يؤمر بإعتاقه ويلزم ذلك، وكل هذا خلاف الأصول لأن الإنسان لا يستحق عليه إيقاع حرية فى ملكه بغير سبب كان من جهته كالنذر والكفارة.

فصل

ودليلنا على الشافعى عموم الخبر، ولأن الأخوة نسب يحجب الأم عن الثلث إلى السدس كالولادة، ولأن التعصيب يكون من ذكورهم لإناثهم[٢] كالولد.

فصل

ودليلنا على أبى حنيفة فى العم والخال لأن كل من حلَّت لإنسان[٣] بنته بعقد نكاح أوبملك يمين لم يعتق عليه بالملك كذلك[٤] العم لأن ابنته تحل لابن عمها، ولأن كل جنس يرث ذكورهم دون أبنائهم فلا يعتقون بالملك كبنى العم.

فصل

ولا يحتاج فى ذلك إلى حكم حاكم بل يعتقون به بنفس الملك لقوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[٥]، ولأن الحاكم إنما يراد فيما يجوز تبقيته بوجه فأما سوى ذلك فلا حاجه بالحاكم إليه[٦].

ومن أعتق عبده أو أمته إلى أجل لم يعتق إلا بعد حلوله بخلاف الطلاق إلى أجل

---

(١) أخرجه أبو داود فى العتق (٤/ ٢٥) ح (٣٩٤٩) وابن ماجه فى العتق (٢/ ٨٤٣) ح (٢٥٢٤) والترمذى فى الأحكام (٣/ ٦٣٧) ح (١٣٦٥)،وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٣/ ٢٧٩).
(٢) ثبت فى (ب) من ذكرهم لا بنائهم.
(٣) ثبت فى (أ) من حله الإنسان.
(٤) ثبت فى (ب) أصله.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) ثبت فى (ب) بالحكم فيه.

لأن الوطء لا يتوقف فلما اعترض هذا المعنى فى الطلاق أنجزناه ولم يعترض مثله فى العتق فتركناه على موجب عقده ولم يجز له وطء الأمة المعتقة إلى أجل لأن المعنى فيها وفى الزوجة [واحد: وهو منع توقيت الوطء إلا أن فى الأمة لم يتنجز الحرية لأنه يجوز أن يبقى ملكه على من لا يجوز له وطؤها، وفى الزوجة لا يجوز أن يبقى عقده على من][(١)] لا يجوز له وطؤها لأنه ليس منها إلا الوطء فإذا حرم ذلك[(٢)] زال العقد.

فصل

إذا أعتق عبده وله أمة حامل تبعته أمته ولم يتبعه ولده لأن أمته ماله ومال العبد فى العتق تابع له وولده ملك لسيده لأنه لا يملك ولد نفسه.

ولو أعتق العبد الأمة وهى حامل لم ينفذ عتقها وهى حامل حتى تضع لأن فى نفوذ عتقها أحد أمرين ممنوعين: إما إن يعتق الأمة دون الحمل فذلك غير جائز لأن استثناء حمل الأم فى العتق غير جائز، أو أن تعتق هى وحملها فيؤدى ذلك إلى أن يعتق على غير ملكه بغير اختياره ولا جناية كانت منه، فلما كان مؤديًا إلى ما ذكرناه من المنع وجب وقفه إلى أن تضع وتعتق الأمة [ويكون الولد للسيد والله أعلم][(٣)].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذلك سقطت من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

باب[١] : الولاء[٢]

لا يحل بيع الولاء ولا هبته[٣]، والأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته، وقوله ﷺ «الولاء لحمة كلحمة النسب [لا يباع ولا يوهب»[٤]، والولاء لمن أعتق لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»[٥] وليس للعبد صرفه إلى غير معتقه لقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب][٦] ومن ادعى إلى غير أبيه أو توالى غير مواليه فعليه لعنة الله»[٧].

فصل

لا يرث النساء من الولاء شيئًا وإذا ترك المعتق ولدًا ذكورًا وإناثًا فالولاء للذكور من ولده دون الإناث وهذا إجماع الصحابة رضوان الله عليهم[٨] والأصل فيه أن الولاء

(١) ثبت فى (ب) كتاب.

(٢) الولاء فى اللغة من الولىء وهو القرب والدنو والولى الاسم منه والمحب والصَّديق والنصير والولاء المِلك والمولى المالك والعَبْدُ والمعْتِق والمعتَقُ والصاحب والقريب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٤٠١).

وفى الاصطلاح: صفة حكمية توجب لموصوفها حكم العصوبة عند عدمها كائن. انظر الفواكه الدوانى (٢/ ٢/ ١٦١).

وقال الشيخ الرصاع: الولاء لم يعرِّفه الشيخ رحمه الله تعالى ولم يذكر رسمه ويظهر فى سر ذلك أنه لما ذكر الحديث المشهور فى قوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب» فكأنه تمييز له من إمام العارفين ومن آتاه الله علم الأولين والآخرين والحقائق الشرعية مأخوذة عنه ومنه فلا حقيقة له غير ما ذكره وبينه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٧٠).

(٣) انظر المدونة (٣/ ٧٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٧٥)، انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٤٢٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٧) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى فى الأوسط وقال: فيه عبد الله بن عطية وقال الذهبى: لا أعلم من روى عنه إلا منيب وبقية رجاله ثقات . انظر مجمع الزوائد (٤/ ٢٣٥).

(٨) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٦٤) وقال ابن المنذر فى الإجماع: إن النساء لا يرثن من الولاء إلا من أعتقن وأعتق من أعتقن وانفرد طاووس فقال النساء. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٢٧).

يورث بالتعصيب المحض والنساء لا تعصيب فيهن فلم يرثن بالولاء وإنما قلنا إنه يورث بالتعصيب لأن الميراث يكون بثلاثة أوجه: إما برحم كالولاده وما تعلق به من النسب أو بالنعمة[١] أو بالتعصيب وهو الولاء ولأنه ليس فى العتق أكثر من النعمة التى حصلت من جهة المعتق فجعلته عصبة، وإذا كان كذلك لم يرث منه النساء لأنهن لايرثن إلا بالرحم، ولأن النسب أقوى فى التوريث له من الولاء بدليل أنه لا يورث بالولاء وهناك نسب ما يورث به فإذا ثبت ذلك لم يكن للنساء مدخل فى التوريث مما تراضى من النسب، كان بأن لا يكون لهن مدخل فى الولاء أولى[٢].

فصل

وأولى العصبة بإرث الولاء[٣] الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد ثم العمومة[٤]، ثم ابن العمومة[٥] وإنما قلنا إن الابن أولى لما قدمناه من أن الولاء مستحق بالتعصيب المحض دون الرحم ويختص به من قوى تعصيبه على غيره، وتعصيب البنوة أقوى من التعصيب بالأبوة والجدودة لأن تعصيب الجدودة والأبوة يشوبها الرحم والولادة وتعصيب البنوة محض لا يشوبه شيء فكان البنون[٦] أولى من كل أحد.

وإنما قلنا إن ابن الابن وإن سفل أولى من الأب أو غيره للاتفاق على أن ابن الابن قائم مقام الابن عند عدمه فى كل الأحكام وكذلك فى الولاء.

وإنما قدمنا الأب على الجد والإخوة لأنهم يدلون به فكان مقدم على من يدلى به ألا ترى أن الجد يقول أنا أبو أبى الميت والإخوة يقولون نحن بنى أبيه فكلهم يدلون[٧] بقربهم من الأب فوجب أن يكون الأب مقدمًا على من يدلى به ويستفيد القرب من جهته.

---

(١) ثبت فى (ب) من الرحم أو بالصهر.
(٢) أولى: سقطت من (ب).
(٣) ثبت فى (ب) الولى.
(٤) ثبت فى (أ) العم.
(٥) انظر المدونة (٣/ ٨١). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٧٥)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٨).
(٦) البنون سقطت من (ب).
(٧) ثبت فى (ب) يدلى.

وإنما قلنا : إن الإخوة وبنيهم فى ميراث الولاء مقدمون[١] على الجد خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى فى قولهما : إن الجد أولى[٣] لأن تعصيب [الإخوة أقوى من تعصيب][٤] الجدود وأقرب إلى الميت لأن الجد يدلى بأبوة الأب والإخوة يدلون ببنوة الأب والإدلاء بالبنوة أقوى من الإدلاء بالأبوة: ألا ترى أن الأب يصير مع الابن بمنزلة الأم يأخذ بالفرض ويسقط تعصيبه فكان الأخ مقدمًا على الجد فى ذلك، وإنما قلنا إن بنى الإخوة كالإخوة لأن الإدلاء بالبنوة موجود فيهم والنزول لا يؤثر فى ذلك ألا ترى أن ابن الابن وإن سفل مقدم على الأب وعلى الجد.

وإنما قلنا إن الجد مقدم على العم لأن العم يدلى بالجد فكان الجد مقدمًا على من يدلى به فكذلك العمومة مقدمون على بنيهم لهذا المعنى.

فصل

الولاء يستحق بالكبر فلا يستحق البطن الثانى منه شيئًا ما بقى من البطن الأعلى موجود وبيان ذلك: أن يموت رجل ويترك ولاء وثلاثة بنين فيرث البنون بالسوية ثم يموت اثنان ويتركا ابنين ويموت المولى فيكون ميراثه للابن الباقى دون بنى إخوته.

وإنما قلنا ذلك لأن الولاء مع اختصاصه بالتعصيب يختص بمن قوى تعصيبه وقرب دون من بعد عنه، وليس هو من باب ميراث المال بسبيل بدليل أن الميت لو ترك ابنًا واحدًا لم يستحق الجد شيئًا، وإنما هو من باب الولاية[٥] فهو للأقرب فالأقرب يبين ذلك أن من يستحق العصبة شيئان: ميراث وولاية، إما فى نكاح أو قصاص وبأيهما اعتبرت الولاء وجدته لا يدخل أبناء مع وجود آبائهم أو عمومتهم فلذلك قلنا إن البطن الأول مقدم على البطن الثانى.

---

(١) ثبت فى (أ) مقدم.

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الاختيار (٤/ ١٩٢).

(٣) ليس هذا مذهب الشافعى وإنما له فى هذه المسألة قولان أظهرهما: أنه يقدم الأخ على الجد. والثانى: يشتركان كما يشتركان فى إرث النسب. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢١)، انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٧٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (ب) الولايات وفى (هـ) الولاء.

فصل

ومن أعتق عبدًا عن رجل بإذنه أو بغير إذنه فالولاء للمعتق عنه، خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى حين قالا: إن الولاء للمعتق إن كان أعتق عنه بغير إذنه[٢] لأنه إذا أعتق عبده عن غيره فقد ملكه إياه بشرط العتق عنه فكان كالوكيل إنه إذا أعتق عبد غيره عن مالكه فالولاء للمعتق عنه، ولأن الولاء جار مجرى النسب فلا يفتقر حصوله لمن يحصل له إلى إذن منه، ألا ترى أن الأخوة والعمومة تحصل للإنسان شاء أم أبى بوطء قريبه الذى يولد له منه فيثمر هذه الأنساب فكذلك الولاء يعتق زيد عبده فيثبت ولاؤه لعصبته شاءوا أو أبوا، وإذا صح ذلك جاز أن يكون الولاء للمعتق وإن لم يكن منه إذن أعتقه فكان الولاء لمن أعتق عنه كما لو كان بإذنه.

فصل

السائبة هو الذى يعتق[٣] عن المسلمين فولاؤه للمسلمين لا لمن أعتقه للمعنى الذى قدمناه وإنما سمى سائبة لأن المعتق رفع يده عنه من كل وجه من جهة الملك والولاء فصار الولاء لغير مالك[٤] بعده[٥] بعينه بل لجماعة المسلمين كالجمل المسيب الذى لا يعرض له[٦] على ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية، وكذلك ما أعتقه الإنسان عن زكاته أو أعتقه الإمام من أموال الزكاة فهو لجماعة المسلمين[لأنه معتق عن المسلمين أعتقه الإمام][٧] أو المزكى وذلك بخلاف المعتق فى الكفارات لأن المكفر أعتقه من نفسه فكان الولاء له وفى الزكاة إنما أعتقه عن المسلمين لأنه من أموال المسلمين فكان كالمعتق عبدًا عن غيره من مال ذلك الغير أن الولاء للمعتق عنه.

---

(١) ذكره الشيخ الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٤/١٦١) ، انظر الفتاوى الهندية (٥/٢٦).

(٢) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٧٠)، انظر المهذب للشيرازى (٢/٥٠٧).

(٣) عن: سقطت من (ب).

(٤) ثبت فى (ب) ماله.

(٥) بعده: سقطت من (ب،هـ).

(٦) ثبت فى (أ) الذى لا يفرضوا له.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ،هـ).

فصل

وولاء المنبوذ للمسلمين دون ملتقطه هكذا أطلقه أصحابنا[١] ومرادهم أنه لا ولاء عليه لأحد وأن ميراثه لا يختص به ملتقطه لأنه حر بالأصل وإنما يطرأ الرق بالسبى لبعض الأحرار فكان كل موجود من الناس حراً إلا أن يطرأ عليه ما ينقله إلى الرق.

فصل

مولى الموالاة لا يرث وصفته: أن يكون رجلان ولا نسب بينهما يوالى أحدهما الآخر على أن يتوارثا ويتعاقلا فهذا عندنا لا يصح ولا يلزم، وعند أبى حنيفة يصح ويتوارثان ويتعاقلان ولهما أن يفسخا الموالاة ما لم يعقل أحدهما عن الآخر[٢]. فدليلنا قوله ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق»[٣] فانتفى أن يكون ولاء لغيره معتق، ولأن الموالاة سبب لا يورث به مع وجود النسب فكذلك مع فقده، أصله إذا أسلم الرجل على يد رجل عكسه الزوجية، ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له نقل ميراثه عنهم بالموالاة كالمتناسبين.

ومن أسلم على يد رجل فلا ولاء له عليه [خلافًا لمن يقول إن الولاء له[٤]][٥] للخبر، ولأن الولاء بالإنعام بالعتق وهذا معدوم فيمن أسلم [على يده.

---

(١) انظر المدونة (٣/٧٦) وذكره ابن عبد البر وقال: وهو مشهور مذهب مالك وتحصيل مذهبه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٧٦).

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى . انظر الهداية (٣/٣٠٦، ٣٠٧) ، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٤/١٧٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) هذا هو قول أبى حنيفة وهو رواية عن أحمد وهو قول إسحاق وحكى عن إبراهيم أنه له ولاؤه ويعقل عنه وعن ابن المسيب: إن عقل عنه ورثه وإن لم يعقل عنه لم يرثه وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله. انظر المغنى لموفق الدين (٧/٢٧٨)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/٣٠٦,٣٠٧) ،انظر الاختيار للموصلى (٣/٢١٣).

تنبيه: وقد ذكر الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسى عن الأحناف قولاً غير الذى ذكرنا فقال: إنهم قالوا: إن أسلم الرجل على يدى الرجل لم يرثه بذلك فلا تغتر به. والله أعلم. انظر المغنى (٧/٢٧٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

إذا أعتق المسلم نصرانيًا فـالولاء مراعى فإن أسلم][1] كان ميـراثه للمسلم إن مات، وإن مات النصرانى قبل أن يسلم فلا ولاء للمسـلم عليه، وقال الشافعى يثبت له الولاء عليه ويرثه[2].

فدليلنا أن الإرث بالنسب مقدم على الإرث بالولاء وآكـد منه لأن الولاء شبه به وقد ثبت أنه لا توارث بين المسلم والكافر بالنسب، وكذلك بـالولاء ويفارق ذلك ميراثه من عبـده النصرانى إذا مات لأن رقـبته كانت مـلكًا له فكان حكم ماله حكم رقبـته إلا أنه ميراث على الحقيقة، ولأن المباينة بالملة تمنع الإرث بالنسب والولاء دون الرق.

فصل

وإذا ثبت أنه لا يرثه إذا مات، فـإن أسلم النصرانى ثم مـات ورثه مولاه المسلم لأن الإنعام عليــه ثابت له،و إنما كان يمنـعه ميـراثه مبايـنته له فى ملته فـإذا أسلم زال المنع كالنسب.

فصل

وإذا مات النصرانى المعتق وترك مولاه المسلم الذى أعـتقه وورثته من أهل دينه، فعنه فى ذلك ثلاث روايات: إحداها أنه لا يرثه سيده الذى أعتقه ولا أحد من قرابته ويكون ماله فيـئًا لجماعة المسلمين، والثـانية أنه يرثه ولده دون غيرهم من أقـاربه، والثالثة يرثه جميع ورثته.

فوجه الأولى أن سـيده إنما لم[3] يرثه لمباينـته له فى الملة[4] والميراث مـوضوع على تساوى الحرم فلم يجز أن يرثه ورثته من أهل دينه، لأن حرمته أعلى من حرمتهم لثبوت ولاء المسلمين عليه[5].

ووجه الثانية أن ولدهم[6] هو موالى سيـده الذى أعتقهم فكان حكمـهم حكمه فى

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكره الشـيخ الشيـرازى. انظر المهذب (٢/ ٢٠)، انظر مـغنى المحتـاج (٤/٥٠٧)، انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٧٦).

(٣) ثبت فى (ب) أيضًا.

(٤) ثبت فى (ب) مثله.

(٥) ثبت فى (أ) المسلم عليهم.

(٦) ثبت فى (ب) والده.

كونهم على ملته وعلى مثل حرمته وثبوت الولاء عليهم لسيده فلذلك اختصوا بميراثه دون سائر أقاربه، ووجه الثالثة أن جميع ورثته بمنزلته فى الحرمة والدين فورثوه اعتبارًا بسائر أهل ملته، وعنه رواية أخرى أنه يرثه ولده ووالده خاصة لأنه ليس فى القرابة ما يوازى الأبوة والبنوة والثالثة أصح.

فصل

إذا أذن السيد لعبده فى أن يعتق عبدًا له فالولاء للسيد فإن أعتق العبد لم يرجع الولاء له، وكذلك المدبر، وأم الولد إذا أعتقا بإذن سيده، وإذا أذن لمكاتبه أن يعتق فأعتق فالولاء للسيد ما دام المكاتب لم يعتق فإن أعتق عاد الولاء إليه[١] والفرق بين المسألتين أن لسيد العبد انتزاع ماله فإذا أذن له أعتق، وليس هو من أهل الولاء فى تلك الحال كان السيد كأنه هو الذى أعتق فيكون الولاء له، وإذا ثبت الولاء فى جهة الحر[٢] لم يجز انتقاله بعد ثبوته إلى جهة أخرى.

وأما المكاتب فسيده ممنوع من انتزاع ماله لما ثبت له من عقد الحرية فإذا أذن له فى العتق كان عتقه مراعى فإن مات أو عجز تقرر الولاء لسيده، فإذا أدى وعتق ثبت أن الولاء ثابت له، وكذلك لو أعتق بغير إذن السيد فلم يعلم السيد حتى أدى المكاتب وعتق فإن الولاء للمكاتب لأنه إنما كان ممنوعًا من الإعتاق لحق السيد فإذا زال حق السيد عنه بعد عتقه وتقرر الولاء له فإن علم السيد قبل أن يعتق المكاتب بالأداء فله أن يرد عتقه فإن رده بطل وعاد العبد رقًا ولم يلزم المكاتب إذا أعتق أن يعتقه بعد ذلك.

فصل

جر الولاء ثابت عند كافة أهل العلم[٣] لا خلاف فيه[٤]، إلا ما يحكى عن رافع بن خديج، وصفته: أن يتزوج عبد معتقة فيولدها فإن ولاء ولدها منه لمواليها الذين أعتقوها فإن أعتق العبد جر ولاء ولده إلى مواليه الذين أعتقوه ولو تزوج حرة لا ولاء عليها كان بقية ميراث الولد بعد حصة أمه للمسلمين وإذا أعتق العبد[٥] رجع إلى مواليه وكذلك

(١) انظر المدونة (٣/ ٧٢). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤١٦).
(٢) ثبت فى (أ) الحرم.
(٣) ثبت فى (ب) العلماء.
(٤) انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٥٦)، انظر فتح البارى (١٢/ ٤٦).
(٥) ثبت فى (ب) عاد.

الجد فيجر الولاء أيضًا بجر الولاء ما دام الأب عبدًا فإذا أعتق العبد عاد الولاء إليه.

والأصل فى جر الولاء الإجماع لما روى أن الزبير بن العوام مر بفتية فسأل عنهم فقيل هم موالى رافع بن خديج وأبوهم عبد للحرة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لهم: انشبوا إلىَّ فأنا مولاكم فقال رافع: بل هم موالىَّ أنا أعتقت أمهم فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى بالولاء للزبير[1]، ولم يخالف عليه أحد، ولأن انتساب الولد إلى قبيلة أمه، ووجهها[2] أنها لعدم إمكان ذلك من جهة الأب بدليل أنه لو أمكن ذلك فى الابتداء لم ينسب إلى الأم، ولأنه إذا عاد إمكانه فى ولد الملاعنة عاد الانتساب إلى الأب وإذا ثبت ذلك ثم كان غير ممكن فى هذا الموضع لرق الأب فيجب إذا زال المعنى المانع أن يزول ما امتنع لأجله، ويعود النسب إلى الأب.

فصل

وإنما قلنا إن الجد كالأب فى ذلك لأن النسب يرجع إليه فصح جره للنسب كالأب وبذلك فارق الأخوة والعمومة وسائر العصبات.

فصل

وولد الملاعنة المعتقة ولاؤه لموالى أمه فإن اعترف به الأب عاد إليه أو إلى مواليه إن كان معتقًا[3] على ما بيناه.

فصل

ولا يثبت جر الولاء فيمن مسه رق مثل أن يتزوج عبد أمة فتحمل ثم تعتق فإن الولد يكون حرًا بحرية أمه وهو حمل[4] وولاؤه لموالى أمه وهم مواليه[5] لأن عتقه ثبت من جهتهم فإن أعتق العبد لم يجر ولاء الولد لأن ولاءه قد تقرر[6] وثبت لمن أعتق أمه فلا

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى العتق (٢/ ٧٨٢) ح (٢١).

(٢) ثبت فى (ب) ووجهتها.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/ ٩٧٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤١٨).

(٤) ما أثبتناه من (أ) وهو المناسب وفى باقى النسخ (حر).

(٥) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٧٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤١٨).

(٦) ثبت فى (ب) قد تقدم .

يجوز نقله كالنسب والولاء هاهنا مباشر ليس طريقه الجر فلم يجز نقله.

فصل

قد بينا أن النساء لا يرثن ولاء ما أعتقه غيرهن لأنه لا تعصيب فيهن فإذا ثبت ذلك فالولاء الذى يرثنه هو المباشر أو ما كان فى حكم المباشر ولا يكون ذلك إلا فى ثلاث مواضع:

أحدها: أن تعتق عبداً فيموت ولا وارث له فيكون ولاؤه لها ميراثاً.

والثانى: أن يترك هذا العبد أولاداً من أمة أو معتقة فيكون الولاء لمعتقته إما ابتداءً وإما[1] جراً.

والثالث: أن يعتق هذا العبد عبداً إما فى حال رقه بإذنها فيكون الولاء لها ابتداء أو بعد عتقه فيموت العبد الأول المعتق ويبقى الثانى فيرث معتقه الأول ولاء هذا العبد الثانى.

فصل

وإنما قلنا إنها ترث ولاء ما باشرت عتقه، لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[2] وهذا عام، ولأنه شخص حر معتق عن نفسه فكان الولاء له كالرجل.

فصل

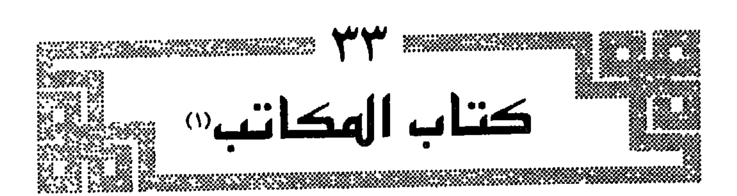
وإنما قلنا إنها تجر ولاء ولد أو عبد إن أعتقه عبدها الذى أعتقته لأن ذلك يرجع إلى إعتاقها وإنما يمتنع أن ترث ما أعتقه غيرها ولأن[3] كل من ورث ولاء ما أعتق مباشرة ورث ما حدث عنه كالرجل، والله أعلم.

* * *

(١) ثبت فى (أ) أو.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) ولكن.



٣٣
كتاب المكاتب(١)

الأصل فى جواز الكتابة قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا﴾ [النور:٣٣] وقوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»(٢) ولأن ذلك كان متعارفًا قبل الإسلام وأقره النبى ﷺ على ما كان من الجواز فى الجملة وعملت به الأئمة(٣) والسلف.

فصل

لا يجبر السيد على كتابة عبده خلافًا لداود فى قوله إنه يجبر(٤) إذا سأله أن يكاتبه بقيمته أو بأكثر(٥)، لأن الأصل فى الكتابة المنع والحظر لأنها غرر وذلك أن العبد يؤدى المال على أنه إن أدى عتق وإن عجز عاد رقًا وزال ملكة عما كان أداه لأن السيد يبيع ماله بماله لأن العبد وماله ملك للسيد وذلك إضاعة وإتلاف إلا أنه(٦) جوز فى الشرع رفقا بالعبد وحرمة للعتق والخروج من الرق، والأمر إذا صدر بعد الحظر كان على الإباحة دون الوجوب(٧) ولم يكن أمرًا على الحقيقة ولأن صيغته صيغة الأمر، واعتبارًا به إذا سأله أن يكاتبه بدون قيمته وإذا سأله بيعه من غيره، ولأن السيد لا يجبر على بيع عبده إذا سأل(٨) العبد ذلك اعتبارًا بسؤاله بيع غيره من أملاكه.

(١) قال الفيروزآبادى: المكاتبة التّكاتب وأن يكاتبك عبدك على نفسه بثمنه فإذا أداه عتق. انظر القاموس المحيط (١/ ١٢١).
(٢) أخرجه أبو داود فى العتق (٤/ ١٩) ح (٣٩٢٦) وابن ماجه فى العتق (٢/ ٨٤٢) ح (٢٥٢٠) قال السندى: ذكره البيهقى عن الشافعى ما يدل على أن الحديث لا يخلو من ضعف، لأن راويه نبهان. والحاكم فى المستدرك (٢/ ٢١٧).
(٣) ثبت فى (أ) الأمة.
(٤) ثبت فى (ب) يخير.
(٥) وهو رواية عن أحمد بن حنبل وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٣٣٩).
(٦) ثبت فى (أ) لأنه.
(٧) ثبت فى (ب) الموجب.
(٨) ثبت فى (أ، هـ) شاء.

فصل

فأما إجبار السيد عبده على الكتابة: فقيل للسيد ذلك وقيل ليس له ذلك فوجه إثباته أنه لما كان للسيد أخذ ماله وإجباره على التكسب من غير عقد عتق يحصل له كان بأن يكون له ذلك مع النفع للعبد بحصول العتق أولى، ووجه نفيه أنه إجبار على معاوضة فى حق نفسه لا لحق السيد فلم يكن له ذلك، أصله إجباره على شراء طيب يتطيب[1] به.

فصل

الكتابة جائزة على ما يعقد أنها عليه من قيمة العبد أو أقل أو أكثر مما يقع التراضى بها لأنها عوض على رقبته فجازت بالقليل والكثير مما يتفقان عليه كبيعه من غيره، ولأن الكتابة إما أن يكون بيع العبد من نفسه بالعوض أو عتقًا[2] بصفة أدائه، وأى ذلك كان فلا يقضى قدرًا مخصوصًا ولا إجبار أحدهما الآخر على مقدار معين بل هو على التراضى.

فصل

الظاهر من قول مالك أن الكتابة تكون منجمة[3] وليس عنه نص فى الكتابة الحالة ومحققو أصحابنا يقولون إنها جائزة[4] خلافًا للشافعى[5]، لأنها عتق بعوض فجازت مع تعجيله وتأجيله، أصله بيع العبد من نفسه، ولأن الأجل غير مستحق فى عقد الكتابة كالثالث والرابع، ولأنه عقد بعوض فجاز كالمنجم.

---

(١) ثبت فى (أ) يتطهر.

(٢) عتقًا: سقطت من (أ).

(٣) التنجيم: التقدير وهو أن يقول له: تعطينى فى كل شهر أو فى كل سنة كذا على ما تراضيا عليه ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٠).

(٤) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٨)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٠).

(٥) حيث قال: يشترط فى العوض أن ينجم نجمين فصاعدًا. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢١١، ٢١٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٦٠).

فصل

لا يعتق المكاتب ما بقى عليه شىء من الكتابة قل أو كثر خلافًا لما يحكى عن قوم من السلف[١] وذلك لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه شىء من كتابته درهم»[٢] ولأن الكتابة عتق بصفة الأداء فمتى لم[٣] يحصل الأداء لم يحصل العتق، ولأن عتق الإنسان جزءًا من عبده باختياره مبتدءًا يوجب عليه تكميله وتتميمه الحرية فى باقيه، فلو قلنا إنه معتق منه بقدر ما أداه لوجب أن يعتق الباقى بالسراية أو بالحكم سواء أدى باقى الكتابة أو لم يؤد، وفى فساد ذلك دلالة على أنه لا يعتق إلا بأداء الجميع.

فصل

يستحب للسيد أن يضع عن المكاتب شيئًا من آخر كتابته على قدر ما تطيب به نفسه[٤]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾ [النور:٣٣] فجاء فى أكثر التفاسير أنه وضع شىء من الكتابة، ولأن فى ذلك رفقًا بالعبد وحسن معاملته فكان مندوبًا إليه، وليس ذلك بواجب خلافًا للشافعى[٥] لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[٦]، ولأنه عقد معاوضة على رقبة العبد كبيعه من أجنبى ولأن الواجبات على ضربين مقدر بالنص، وموكول إلى الاجتهاد فى الكفاية، وما

(١) روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعى، وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه: إنه إذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن فى المكاتب: إذا عجز استسعى بعد العجز سنتين. وقال أبو بكر والقاضى وأبو الخطاب من أصحاب أحمد بن حنبل: إنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربعها عتق. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٣٥٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (أ) فما لم.

(٤) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٨٨).

(٥) ذكره الإمام النووى. وقال: يجب على السيد إيتاء المكاتب واختار الرويانى فى الحلية أن الإيتاء مستحب وليس بشىء. انظر روضة الطالبين (١٢/٢٤٨). انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٨٥).

(٦) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/٢٦) ح (٩٠) والبيهقى فى الكبرى (٦/١٦٦) ح (١١٥٤٥)، وانظر نصب الراية (٤/١٦٩).

تنازعناه خارج عن هذين الموضوعين[1] لأنه موكول إلى الإرادة والاختيار وليس ذلك فى الأصول.

فصل

وتجوز مكاتبة العبد الذى لا حرفة له[2] لأنه يمكنه التعرض لوجوه المكاسب من الخدمة وغيرها ويكره ذلك فى الأمة[3] لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال لا تكلفوا الأمة الكسب فتكسب بفرجها[4].

فصل

وإذا أعتق المكاتب بالأداء تبعه ماله لأن الكتابة معاوضة عن النفس والمال ألا ترى أن السيد ممنوع من التعرض[5] لماله بانتزاع أو غيره، فإذا صح ذلك كان تابعًا له فأما ولده فلا يتبعه إذا كان قبل عقد الكتابة لأنهم ليسوا بملك له [فإذا صح ذلك][6]، وإنما هو ملك للسيد فلا يتبعوا آباهم كما لا يتبعه سائر عبيد السيد إلا أن يشترطهم فيتبعونه بالشرط لا بالعقد ويصير السيد كأنه كاتب عدة عبيد له كتابة واحدة، وهذا إذا كانوا قبل عقد الكتابة.

[فأما إن حدثوا بعد عقد الكتابة][7] فإنهم يتبعونه من غير شرط لأن كل حكم ثبت للأب ثبت للولد بملك اليمين من الحرية والرق، فأما ولده من زوجته فلا مدخل له فى هذا الباب لأنه تابع لأمه.

فصل

كل ما جاز أن يكون ثمنًا فى البياعات وأجرة فى الإجارات جاز أن يكون عوضًا فى

(١) الموضوعين: سقطت من (ب).

(٢) انظر المدونة (٣/ ١٤). وذكره ابن عبد البر وقال: تكره كتابة العبد والأمة اللذين لا صنعة لهما ولا عمل بأيديهما وهى مع ذلك جائزة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٧).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الاستئذان (٢/ ٩٨١) ح (٤٢).

(٤) انظر المدونة (٣/ ١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٧).

(٥) ثبت فى (أ) العريض.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الكتابة[١] لأنه عقد معاوضة كالبيع وغيره، وتجوز الكتابة على الوصفاء[٢] من العبيد والإماء وإن لم يوصفوا ويكون له الوسط منهم فى ذلك الموضع لأن المقصود منها الرفق وإكمال حرمة الحرية دون محض العوض كالمهر فى النكاح.

فصل

وإن كاتبه وله أمة حامل تبعته الأمة ولم يتبعه الولد فإذا وضعت فالولد للسيد والأمة للمكاتب علم بحملها أم لا لما ذكرناه لأن الأمة ماله فيتبعه ولأن الولد ليس بمال له بل هو ملك لسيده، ويمنع المكاتب من بيعها إذا قلنا إنها لا تكون أم ولد بعد العتق حتى تضع فإذا وضعت كان له بيعها إذا شاء لأنه إن باعها حاملاً فالولد داخل معها فى البيع وهو ملك غيره، وإن استثنى لم يجز لأن استثناء الحمل [فى البيع][٣] مبطل له فوجب لذلك الوقوف عليها إلى أن تضع.

فصل

يجوز بيع كتابة المكاتبة خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٤]، لأن بيع [الديون فى][٥] الذمم جائز بدليل جواز المصارفة على الذهب الذى فى الذمة [بالورق وعلى الورق الذى فى الذمة][٦] بالذهب قبل قبضه، ولأنه لما جاز بيع العروض الحاضرة بالأثمان الغائبة جاز بيع الديون الغائبة بالعروض الحاضرة، ولأنه عقد معاوضة أحد طرفيه دين والآخر عين فكان مباحًا اعتبارًا ببيع العين الحاضرة بالعين[٧] الغائبة.

فصل

إذا ثبت ذلك فإن كانت الكتابة ذهبًا أو ورقًا جاز بيعها بعرض معجل وإن كانت عروضًا فبذهب أو ورق معجلة أو بعرض مخالف لها معجل غير مؤجل، وإنما أوجب

---

(١) ذكره فى المدونة، انظر المدونة (٣/٣). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٨، ٩٨٩).

(٢) الوصفاء: الوصائف ومنه الوصيفة والاسم الإيصاف والوصافة وهو الخادم والخادمة أو من بلغ حدًا من الخدمة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/ ٢٠٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٧٢).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٧) ثبت فى (ب) بالدين.

ذلك لأنها لو بيعت[١] وهى ذهب أو ورق بـذهب [أو ورق][٢] دخل ذلك التأخير وبيع غـائب بناجز وذلك ممنـوع، وإن بيع بعرض مـؤخر كـان دينًا بدين، وإن بيـعت وهى عروض بعـروض من جنسها أكـثر مما حصل منه عـرض بعرضيـن من جنسه إلى أجل وذلك ممنوع فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وهذا كله إذا بيعت من غير العبد، فأما إذا بيعت من العبد نفسه فلا معتبر بذلك كله وله أن يبيعها منه كيف شاء فينقله من ذهب إلى ورق ومن ورق إلى ذهب ومن عروض إلى عروض من جنسها ومن غـير جنسها[٣] لأن تقدير بيـعها من العبـد إنما هو ترك ما كاتب[٤] عليه والعدول إلى مال معجل واستئناف كتابة أخرى غير الأولى ولا خلاف من قولنا إن للمكاتب أن ينقل نفسه من كتابة إلى كتابة أخرى.

فصل

وفى بيع الجزء من الكتابة روايتان[٥]: إحداهما المنع والأخرى الجواز.

فوجه المنع أن ذلك يؤدى إلى أن المكاتب يؤدى كتابته أداءين مختلفين أحدهما: إلى السيد بعقد كتابته والآخر: إلى مبتاع [الجزء من][٦] كتابته وذلك غير جائز على أصله.

ووجه الجواز اعتبـارًا بسائر المبيعات لأن كل بيع مقصود فى نفـسه فإذا جاز بيع كله جاز بيع جزئه وكذلك الكتابة.

---

(١) ثبت فى (ب) تبعت.

(٢) ما بين المعكوفين سقطت من (ا).

(٣) ثبت فى (ب) ومن جنس غيرها.

(٤) ثبت فى (ا) ما كانت عليه.

(٥) ذكرهما ابن عبد البر فى الكافى. وقال: واختلف قول مالك فى بيع جزء من كتـابته فمرة أجاز ذلك ومرة كـرهه. انظر الكافى لابن عبـد البر (٢/ ٩٩٧)، انظر حاشـية الدسـوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٩١).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

فصل

ولا يجوز بيع نجم من نجـومه[١] لأن ما يقـابل النجم من رقبة المكاتب مجـهول عند عقد البيع المنجم[٢] فلم يجز، فإذا ثبت مـا ذكرناه نظر فإن أدى الكتابة إلى مبتـاعها من سيده لأعـتق كما لو أداها إلى سيده عـتق لأن الصفة التى علق العقـد عليها هى الأداء فدخلت[٣]، ولأن المشترى قائم مـقام السيد، ويكون ولاؤه للسيد الذى عقـد كتابته لأن عتقـه من جهته بما عـقد له، وإنما ابتاع المشتـرى ما على المكاتب دون رقبتـه بعد ثبوت الولاء للسيد، والولاء لا يصح نقله بعوض ولا بغير عوض على ما قدمناه وإن عجز رق وكان ملكًا لمشترى كتابته لأنه قائم مقام سيـده وقد ثبت أنه لو عجز قبل بيع السيد كتبته رق له وكذلك عـجزه عن مشـتريها، وإن مـات قبل تمام الأداء عن مـال ولم يترك ولد كانت عليهم كان المال المشتـرى كتابته عند سيده وإذا جاز بيع كتـابة المكاتب جاز هبتها والوصية بها ثم الحكم فيها على ما ذكرناه.

فصل

والمكاتب أحق بشرائها استحسانًا لحـرمة العتق وإزالة الضرر عنه بدخول من لم يعهد معاملته عليه[٤] والقياس غيره، وهذا إذا بيعت كلهـا فإن بيع بعضها لم يكن أحق بها[٥] لأنه ليس له أن يعـجل لبعض سـاداته حقـه دون الباقـين لأن ذلك يؤدى إلى عـجزه، ولأنهم شركاء فى كتابته ومتساوون فى قبضها منه فليس لبعض أن يختص بتعجيل حقه منها من غير إذن شركائه كسائر الديون المشتركة.

---

(١) ذكـره ابن عبـد البـر. انظر الكافى (٢/ ٩٩٧)، انظر حـاشيـة الدسـوقى على الشـرح الكبيـر (٤/ ٣٩١).

(٢) ثبت فى (ب) للنجم.

(٣) ثبت فى (ب) قد حصلت.

(٤) عليه: سقطت من (ب).

(٥) نص عليـه فى الموطأ. انظر الموطأ للإمام مـالك (٢/ ٧٩٧)، وذكره ابن عـبد البـر فى الكافى. وقال: وإنما يكون له الحق فى شـراء الكتابة إذا بيعت كلهـا لما فى ذلك من تعجيل عتـقه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٧).

فصل

إذا عجل المكاتب كتابته لم يكن للسيد الامتناع من أخذها لأن الأجل حق له ورفق به فإذا رضى بإسقاطه كان له ذلك فإن كان السيد شرط عليه مع الكتابة سفراً أو خدمة فعجل الكتابة فهل يسقط عنه ما شرط عليه أم لا ففيها روايتان: إحداهما سقوطه[١] والأخرى ثبوته.

فوجه سقوطه أنه تابع للكتابة فإذا تعجلت سقط ما يتبعها.

ووجه ثبوته أنه بعض العوض فى عتق الرقبة فلم يسقط عنه كالكتابة فإذا قلنا إنه لا يسقط فيخرج ما يلزمه على روايتين: إحداهما أنه يؤديه بعينه، والأخرى يؤدى قيمته، ومن أصحابنا من يقول إن كانت خدمة أو منفعة سقطت وإن كانت نوعًا آخر من المال لزم ولم يسقط.

فصل

وإذا مات المكاتب وترك[٢] ولداً معه فى الكتابة إما بالولادة أو بالشرط وترك مالاً لم تنفسخ الكتابة، خلافًا للشافعى[٣] لأن عقد الكتابة قد تضمن إلزام السيد نفسه عتق المكاتب وولده الداخلين معه فى العقد بالشرط والولادة بصفة أداء المال إليه فلم يكن للسيد فسخ العقد فى حقهم كما لم يكن له ذلك فى حق العبد نفسه ولم يكن له أيضًا فعل[٤] ما يؤدى إلى ذلك من انتزاع المال فيه.

فصل

إذا ثبت أن العقد لا يبطل بموته، وإنما ذلك إذا كان معه ولد داخل فى الكتابة لأنه إن كاتب[٥] على نفسه وحده ومات ولا ولد معه فى كتابته أو كان ولده أحراراً أو مماليك لغير سيده، أو مكاتبون كتابة منفردة عن كتابته فإن العقد يبطل والمال الذى يتركه

(١) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠٠). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٨).
(٢) ثبت فى (ب) ولم يترك.
(٣) قال الشيخ الشيرازى: فإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ١١).
(٤) فعل: سقطت من (أ).
(٥) ثبت فى (ب) كانت.

للسيد. خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن ولده الأحرار يقومون[١] مقامه ويرثونه[٢]، لأن المواريث موضوعة على تساوى الحرم وهذا مات مكاتبًا لا عبدًا على الإطلاق ولا حرًا بل مكاتبًا له حكم مخالف لحكم الحر ولحكم العبد فلم يرثه ولده الأحرار ولا العبيد وورثه من شركه فى عقد الكتابة.

فصل

وإذا ترك ولدًا معه فى الكتابة فينظر: فإن كان فى المال الذى خلفه وفاء أديت الكتابة حالة، وعتقوا وورثوا الباقى[٣].

وإنما وجب أداء المال لأن فائدة إيقافه العقد مع بطلانه بموت العبد أن يحصل الأداء فيعتق ولده، ولأنه لما كان العتق لازمًا فى حقهم كلزومه فى حق أبيهم لزمهم الأداء كما كان لازمًا لأبيهم.

وإنما قلنا إنه تؤدى حالا فلأن الديون المؤجلة تحل بموت من تكون عليه، وإنما عتقوا عند الأداء بحصول الصفة التى عتقهم معلق بها، ولأن الأب لو كان حيًا وأدى المال لعتق كذلك الولد.

وإنما قلنا إنهم يرثون ما بقى لمساواتهم الأب فى الخدمة على ما قدمناه، وهذا إذا ترك ما فيه وفاء، أما إن ترك دون الوفاء فإن كان الولد كبارًا يقدرون على السعى وقالوا نحن نسعى ونؤدى بقية المال فى نجومه لزم ذلك السيد لأنهم يقومون مقام أبيهم والعقد ثابت لهم كما كان ثابتًا لأبيهم، فإن كانوا صغارًا لا فضل فيهم للسعى فينظر[٤] فإن كان فى المال أداء[٥] أدى على نجومه إلى وقت بلوغهم فإنه يؤدى وذلك لأنهم غير عاجزين مع القدرة على الأداء ثم إذا بلغوا نظر: فإن أمكنهم السعى فى البقية وإلا رقوا.

وإن لم يكن لهم فى المال فضل للنجوم إلى أن يبلغوا السعى رقوا لعجزهم ولم يلزم السيد انتظارهم إلى وقت البلوغ كما لا يلزمه انتظار العبد إذا عجز إلى أن يكسب مالاً

---

(١) ثبت فى (أ) يقيمون.

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٠٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/٢٠٨).

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠١). انظر المدونة (٣/ ٣٥)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٤).

(٤) ثبت فى (ب) نظر.

(٥) ثبت فى (أ) فضل.

يؤدى منه، وعلى أى وجه كان فلا يلزم السيد أن يحفظ عنهم شيئًا من الكتابة بموت أبيهم لأن عتقهم معلق بصفة وهى أداء جميع الكتابة فلما لم يحصل فالعتق غير واقع.

فصل

وإذا كان مع المكاتب فى كتابته من قراباته إخوة أو غيرهم فعنه فى توريثهم منه روايتان: إحداهما أنهم يرثونه كالولد[١]، والأخرى أنه لا يرثه إلا ولده دون سائر أقاربه، فوجه الأولى إن كان من ورثه بعض ورثته بنسب أو بسبب ورثه جميعهم كالحر، ولأنهم مساوون له فى الحال والحرية فكان التوارث ثابتًا بينهم وبينه كالولد، ووجه الثانية أن الولد يدخلون معه فى كتابته إذا حدثوا بعد عقدها فاختصوا لذلك بميراثه دون سائر القرابة[٢].

فصل

يجوز أن يجمع السيد جماعة من عبيده فى كتابة واحدة[٣] خلافًا للشافعى فى أحد قوليه[٤] لقوله عز وجل: ﴿**فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا**﴾ [النور: ٣٣] ولم يفرق، ولأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط أدائهم المال كما لو أفردهم لأن البدل معلوم فى الجملة وإن لم يوقف على تقسيطه فى الحال كما لو باع ثلاثة أعبد بألف درهم لجاز وإن لم يعلم قسط كل واحد.

فصل

ولا يعتقون إلا بأداء جميع المال خلافًا للشافعى فى قوله أن من أدى منهم بقدر نصيبه يعتق[٥]، لأن عقد الكتابة وقع عقدًا واحدًا فلم ينفرد به بعضهم دون بعض، أصله كتابة العبد الواحد أنه إذا أدى بعضها لم يعتق منه بقدر ما أدى.

---

(١) نص عليها الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠١). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٤). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٩٩).

(٢) ثبت فى (ب) قرابته.

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٧٩٢) انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٢).

(٤) ذكره الشيخ الخطيب الشربينى. وقال: وهو قول مخرج والنص أنه تصح الكتابة. انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٢٠)، انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢١٦).

(٥) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢١٦)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٢٠).

فصل

ويلزم كل واحد بقدر قوته فى السعى وما يطيقه وبعضهم حملاء عن بعض إذا أدى الكتابة واحد منهم عتق الكل ورجع المؤدى على الباقين بقدر ما يحتمل[١] كل واحد منهم ممن فيه فضل للسعى [وليس للسيد أن يبتدئ إعتاق واحد منهم][٢] لأن فى ذلك تعجيز الباقين لتقويتهم بسعيه معهم.

فصل

وإذا طلب المكاتب تعجيز نفسه وأبى عليه السيد وله قدرة على الأداء لم يكن له ذلك خلافًا للشافعى[٣]، لأن الكتابة عقد يتضمن تسمية العوض فإذا رضى به العبد والتزمه[٤] لم يكن له أن يرجع عنه من غير عذر كسائر العقود، ولأنه لما لم يكن للسيد الرجوع لأن فى ذلك إسقاط حق العبد فى حق عقد ثبت تراضيهما واجتماعهما عليه فكذلك العبد.

فصل

فإذا أجابه السيد إلى ذلك فكان[٥] العبد له ولد فليس لهما ذلك، لأنه قد تعلق بهذا العقد حق لغيرهما وهو الولد الذى يعتق بالكتابة إذا أديت فإذا أعجز العبد نفسه كان فى ذلك إسقاط حق الولد من العقد ورده إلى الرق وليس ذلك له لأن الإنسان يملك من إسقاط حق نفسه مالا يتعدى إلى إسقاط حق غيره.

فصل

وإن لم يكن له ولد ففيه روايتان: إحداهما جواز ذلك والأخرى: منعه.

فوجه الجواز أن الحق فى عقد الكتابة لا يتعداهما فإذا تراضيا على فسخه جاز كتقابل

---

(١) ثبت فى (ب) ما يحمل.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) فى قوله أن يجوز للسيد الفسخ. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ١٥). وقال الإمام النووى: السيد بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء صبر. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٥٧).

(٤) ثبت فى (أ) ألزمه.

(٥) ثبت فى (ب) فإن كان.

المتبايعين، وإنما الممنوع ما يتعدى إلى إسقاط حق غيرهما.

ووجه منعه أنه يؤدى إلى إبطال حق الله تعالى من العتاقة التى قد التزمها، عقدها، وليس لأحد أن يرد نفسه إلى الرق بعد عتقه أو ثبوت عقده.

فصل

وأما إذا لم يكن للعبد مال فله تعجيز نفسه وللسيد تعجيزه[١] لأنه ليس فى ذلك إبطال حق أحدهما من غير رضاه، ولا إبطال حق الله تعالى؛ لأنه لم يعد بضرر على أحدهما.

فصل

الحمالة بكتابة العبد غير جائزة[٢] لأنها لو لزمت للزم أداؤها على نجومها، ولو فعل ذلك فعجز المكاتب لم يقدر الحميل أن يرجع بما أداه عن العبد عليه ولا على السيد فيكون ذلك من أكل المال بالباطل.

فصل

ليس للمكاتب أن يهب شيئًا من ماله ولا يتصدق به ولا ينكح ولا يسافر إلا بإذن سيده[٣] لأن فى هبته ماله ومحاباته ما يؤدى إلى عجزه، وكذلك فى نكاحه لأنه يلزمه مهر ونفقة.

وأما السفر فإن كان قريبًا جاز لأن حكم القريب حكم الحاضر، ولأنه محتاج إلى التصرف والتكسب لأداء ما عليه من الكتابة، وأما البعيد فللسيد منعه منه لأن فيه تغرير بنفسه وإضرار بسيده[٤].

---

(١) انظر المدونة (٣/١١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٩٦)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٤١).

(٢) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/٧٩١)، انظر المدونة (٣/٢٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٩٨).

(٣) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٩٧).

(٤) ذكره الشيخ الدسوقى فى حاشيته. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٩٧)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٣).

فصل

وليس للسيد أن ينتزع ماله[١] ما دام على كتابته لأن فى ذلك إبطال لعقد الكتابه فليس له ذلك لأنه إذا لم يكن له تعجيزه لم يكن له ما يؤدى إليه.

فصل

يجوز مقاطعة المكاتب سيده على ما شاء وإن دخله وضع وتعجيل وغير ذلك مما يمنع منه فى البيع[٢]، ولأنا قد بينا أن ذلك انتقال من كتابة إلى كتابة[٣] وعدول عما وقع عليه الأول، ويفارق ذلك البيع لأن الثمن فيه دين ثابت متقدر لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء بخلاف ما عليه المكاتب.

فصل

وإذا أسلم مكاتب النصرانى بيعت كتابته من مسلم[٤] لأن ملكه عليه لا يجوز استدامته ولا يجوز بيع رقبته لما ثبت له من عقد الحرية[٥] فلم يبق إلا بيع كتابته.

وقال شيخنا أبو القاسم ـ [رحمه الله][٦] ـ يخرج فيه رواية أخرى وهو جواز بيع رقبته بناء على قوله فى أم ولده إذا أسلمت ولم يسلم هو أنها تباع وهى أعلى حرمه من المكاتب، وقال عبد الملك بن الماجشون: يقال للمكاتب إذا أسلم: إن أديت الكتابة ناجزة[٧] عتقت بأدائها وإلا بيعت رقبتك وقال إسماعيل بن إسحاق مطالبة المكاتب بأداء الكتابة عليه حالة ظلم له ولا يلزمه.

فصل

إذا أدى الكتابة إلى مبتاعها وعتق فولاؤه للمسلمين ما دام السيد نصرانيًا فإن أسلم

(١) ثبت فى (أ) وليس له أن ينتزع ماله.
(٢) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٧٩٢)، انظر المدونة (٣/ ٧).
(٣) ثبت فى (ب) عتاقه.
(٤) انظر المدونة (٣/ ٢٢).
(٥) ثبت فى (أ) عقد الحرب.
(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٧) ثبت فى (ب) بأجرة.

عاد إليه الولاء[1] لأن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب لأن من استحق الميراث بالنسب استحقه بالولاء، والنصراني لا يرث بسببه وليه المسلم فلم يرث مكاتبه، فإذا أسلم ورثه لاستوائه معه في الحرية والديانة.

فصل

إذا أوصى لمكاتبه بكتابته كلها وضع في الثلث الأقل من قيمة كتابته أو قيمة رقبته فإن خرج ذلك من ثلثه عتق كله وإلا بقدر ما يحمله الثلث [وإن وضع عنه بعض الكتابة ولم يحمله الثلث][2] يجعل في الثلث الأقل مما وصى له به أو قدر ما قابله من رقبته ثم عتق من رقبته بقدر ما خرج من ثلثه ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق من رقبته وكان ما بقي مكاتبًا بما بقي من كتابته إن أداه عتق كله وإن عجز عنه رق باقيه[3] ولم يرق ما كان عتق منه[4].

وإنما راعينا[5] أقل الأمرين احتياطا للعتق ولتأكيد حرمته، ولأن تبعيضه غير جائز وتكميله إن بعض واجب، ولا يتوجه للورثة مقال في ذلك لأنا قد قدمنا الكتابة لكونها أقل من قيمة الرقبة فلا مقال لهم لأن السيد لم يكن يملك من المكاتب سوى الكتابة.

[وإنما قلنا][6] إن قومنا الرقبة لكونها أقل قيمة من الكتابة فلا مقال لهم أيضًا لأن المكاتب لو عجز عن كتابته لم يكن للسيد منه ولا لورثته سوى رقبته فل يكن لهم اعتراض في الوجهين.

فصل

حال المكاتب ما دام في كتابته[7] حال عبد في جراحه وحدوده وشهادته وطلاقه

---

(١) ذكره في المدونة. انظر المدونة (٣/ ٢٢).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ثبت في (ب) بما فيه.

(٤) نص عليه الإمام في الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠٩)، انظر المدونة (٣/ ٣١)، انظر الكافي لابن عبد البر (٩٩٨).

(٥) ثبت في (أ) رأينا.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٧) ثبت في (ب) الكتابة.

وقذفه ونفى القصاص عن قاتله إذا كان حرًا وغير ذلك من أحكام العبد[١] لأن الحرية لم تتقرر لإمكــان أن يعجز فيعــود إلى الرق، ولأن أم الولد آكد[٢] حرمــة عنه لأن الفسخ مأمــون عليها وغيــر مأمون على المكاتب ومع ذلك فــأحكامها فى هذه الأشــياء أحكام العبد[٣] والمكاتب أولى.

فصل

ليس للسيد أن يــطأ مكاتبته[٤] لأن عتقــها معلق بأجل كتــابتها فكانت كالمعــتقة إلى أجل، ولأنها قد تحمل وتصير أم ولد ولا تجوز مكاتبة أم ولد فإن وطئها ولم تحمل فهى على كتابتها لأن مجرد الولاء لا يغير حكمها ولا يوجب تنجيز عتقها فإن حملت خيرت بين فسخ الكتابة وبين كونها أم الولد والإقامة على الكتابة[٥].

وإنما وجب ذلك لأن مكاتبــة أم الولد لا تجوز بغيــر رضاها فلذلك[٦] كان لها فسخ الكتابة، وإن اختارت البقاء على الكتابة كان لها ذلك لأن فــيها تعجيل عتقها، إذا أدت عتقت وإن عجزت كانت أم ولد.

فصل

جراح المكاتب وجنايته فى رقبته [وماله][٧] والمجنى عليه مُبدًّى[٨] على السيد[٩] لأن سببه آكد وحقه أقوى فإن قدر المكاتب على أداء أرش الجناية والكتابة أداهما وبدأ بأرش الجناية[١٠] وأقام على الكتابة، وإن عجز عن ذلك بطلت الكتابة ورجع رقيقًا وخير سيده

---

(١) ثبت فى (ب) العبيد.

(٢) ثبت فى (أ) أكثر.

(٣) ثبت فى (ب) العبيد.

(٤) انظر المدونة (٣/ ١٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٠٢).

(٥) انظر المدونة (٣/ ١٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٠٣).

(٦) ثبت فى (ب) فكذلك.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) أى: يقدم على السيد فى أخذ أرش الجناية عن نجوم الكتابة.

(٩) قال الإمام مــالك فى الموطأ: وينبغى أن يؤدى عقل الجرح قبل الكتــابة. انظر الموطأ للإمام مالك (٢/ ٧٩٥)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٣).

(١٠) ثبت فى (ب) الجراح.

كما يخير فى العبد الرق بين افتكاكه أو إسلامه.

فصل

وإن جرح المكاتب فعقله عقل عبد[١] لأنه باق على الرق ما لم يكمل منه الأداد ويدفع العقل إلى سيده ولا يُمكَّن المكاتب من التصرف فيه لأنه قد يتلفه ثم يعجز فيعود رقيقًا معيبًا فى جسده، ويحتسب له بالعقل من كتابته فإن كان تمام ما عليه عتق فإن عجز تممه مما يؤديه، وإن كان فيه فضل كان له دون السيد لأنه قد صار حرًا بأداء الكتابة فوجب أن يملك عقل جنايته.

* * *

(١) نص عليه الإمام. انظر الموطأ (٢/٧٩٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٩٣).

٣٤
كتاب المدبر [١]

التدبير أن يقول الرجل لعبده: أنت حر عن دبر منى، أو أنت مدبر، أو إذا مت فأنت حر بالتدبير، أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه قصد به إيجاب عتقه بموته مطلقًا على وجه الوصية، وأما إن قال: إن مت من هذا المرض أو هذا السفر فإن ذلك كالوصية يجوز له الرجوع فيه وإبطاله.

فصل

ومن دبر عبده ولا دين عليه لم يجز له بيعه ولا هبته ولا نقض تدبيره بوجه ما دام حيًا[٢] خلافًا للشافعى[٣]، ولقوله عز وجل: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١] ولقوله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب»[٤]، ولأن عتقه معلق[٥] بموت سيده على الإطلاق كأم الولد.

فصل

إذا مات السيد نظر فإن لم يكن عليه دين وكان له مال يخرج من ثلثه عتق فى الثلث

---

(١) التدبير فى اللغة: النَّظر فى عاقبة الأمر وعتق العبد فى دُبُر وهو مصدر دبَّر العبد والأمة تدبيرًا إذا علق عتقه بموته لأنه يعتق بعد ما يدبر سيده. انظر القاموس المحيط (٢/ ٢٧). انظر المطلع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣١٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هو عقد يوجب عتق مملوك فى ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٧٣).

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٣/ ٣٧) ، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٢).

(٣) ذكره الإمام النووى: فقال: يرتفع التدبير بخمسة أمور منها إزالة الملك فللسيد إزالة الملك عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها. انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٩٤)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥١٢).

(٤) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/ ١٣٨) ح (٥٠) وذكره الحافظ ابن حجر وقال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٣٧).

(٥) ثبت فى (ب) يتعاين.

وإنما وجب عتقه لوجود الصفة التى كان العتق معلقًا عليها وهى موت السيد كأم الولد، وإنما قلنا: إنه يعتق فى الثلث دون رأس المال خلافًا لداود[١]، لما رواه أبو قلابة أن النبى ﷺ: قال «المدبر من الثلث»[٢] ولأن كل عتق بعد الموت بالقول من الثلث كالموصى بعتقه، لأن المعتق[٣] بتلافى المرض آكد حرمة[٤] من المدبر ثم يعتق من الثلث فالمدبر أولى.

فصل

وإن لم يحمل الثلث عتق منه بقدر ما يحمله ورق باقيه وكذلك لو لم يترك غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه للورثة، ولا يجب عليه أن يسعى فى فكاك رقبته خلافًا لأبى حنيفة لما بيناه فى العتق.

فصل

وإن كان على السيد دين بيع جميعه إن أحاط الدين بماله وإلا فبقدر إحاطة الدين بماله وعتق ثلث ما بقى ورق ما بقى بعد عتق الثلث منه للورثة وعند أبى حنيفة أنه لا يباع فى الدين ولكن يسعى للغرماء فإذا أدى مالهم خرج حرًا[٥] ودليلنا أن التدبير يجرى مجرى الوصية والدين مقدم على الوصية فلو قدمنا عتق العبد على الدين لكان فى ذلك أحد أمرين ممنوعين: إما تقديم الوصية على الدين ليتعجل العبد العتق[٦] ويحصل الغرماء على سعاية متأخرة أو انتزاع العبد من أيديهم وإحالتهم فى سعاية لا يدرى

---

(١) وروى هذا القول عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير. وهو رواية عن أحمد بن حنبل.

وقال ابن قدامة: وليس عليها عمل، قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٣٠٨).

(٢) الحديث من طريق ابن عمر، أخرجه ابن ماجه فى العتق (٢/ ٨٤٠) ح (٢٥١٤)، والدارقطنى فى سننه (٤/١٣٨) ح (٤٩)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: الشافعى والحفاظ يقفونه على ابن عمر. انظر تلخيص الحبير (٤/٢٣٧) ح (٢).

(٣) ثبت فى (ب) العتق.

(٤) حرمة: سقطت من (ب).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى (٢/ ٣٥٠). انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٥٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/١٩٣).

(٦) ثبت فى (أ) المعتق.

أتصح أم لا بغير رضاهم وإلزام العبد الاستسعاء بغير جناية كانت منه وكل ذلك باطل فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وإذا دبر بعض عبده كمل عليه جميعه اعتباراً بالعتق لأنه ضرب منه وإن دبر[١] بعض عبد بينه وبين شريكه بإذنه أو بغير إذنه تقاوماه فإن صار للذى دبر كمل عليه تدبيره وإن صار للآخر رق وإن شاء الذى لم يدبر أن يقوم نصيبه على الذى دبر كان له ذلك[٢]، وإنما قلنا إنهما يتقاومانه ليمنع[٣] التبعيض فيه وأجزنا إبطاله إن صار للذى لم يدبر لأن التدبير ليس مستقراً لا محالة لأنه قد يبطل باستغراق الدين التركة وقد قيل إنه لا يجوز إلا تقويم الحصة على الشريك[٤] الذى يجبر عليه صاحبه إن كان المدبر موسراً اعتباراً بالعتق إلا أن يشاء الآخر أن يدبر فيكمل التدبير كما يختار الشريك فى العتق أن يعتق فيكمل العتق.

فصل

ولد المدبر من أمته بمنزلته. لأن كل ولد حدث عن ملك اليمين تبع أباه فى الحرية والرق أصل ذلك إذا ابتاع الحر أمة فأولدها، ومن دبر أمة وهى حامل علم بحملها أو لم يعلم أو حملت بعد التدبير فولدها بمنزلتها، أما حملها إذا صادفها التدبير فلأنه داخل فى العقد على رقبتها بالبيع والهبة والكتابة وسائر العقود على الرقبة فكذلك التدبير.

فأما إذا أحدثوا بعد التدبير فإن كل ولد حدث من نكاح أو زنا فهو تابع لأمه فى الحرية والرق اعتباراً بولد العبد إذا تزوج الحرة أو بولد الحر إذا تزوج الأمة، ويقوّمون مع أمهم قيمة واحدة لا يقوّم بعضهم على بعض لتساوى حرمتهم ولوجوب التدبير لهم وللرجل أن يطأ مدبرته[٥] لأن ذلك غير ناقض لتدبيرها بل هو مؤكد له لأنها قد تحمل

(١) ثبت فى (أ) دبرت.

(٢) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٥). انظر المدونة (٣/ ٤١). وقال ابن عبد البر: وقيل: يكون نصفه مدبراً والأول قول الإمام مالك. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٤).

(٣) ثبت فى (ب) لمنع.

(٤) ثبت فى (ب) المدبر.

(٥) انظر الموطأ (٢/ ٨١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٣).

فتكون أم ولد وذلك أقوى من التدبير، ويفارق المكـاتبة لأن تلك تستعجل العتق بالأداء ففى كونها أم ولد تأخير عتقها.

فصل

للرجل استخدام مدبره وإجارته[١] لأنه على الأصل فى ملك تصـرفـه وإنما منع من نقض التدبير فـقط وليس فى ذلك نقض له والفرق بينه وبين أم الولد أنه ليس له من أم الولد إلا الوطء فقط وهى آكد حكمًا من المدبر لأنه لا يزول حكـم الاستيلاد بدين ولا غيره بخلاف التدبير.

فصل

وله انتزاع ماله لأن أحكامه[٢] أحكام العبد إلا فيمـا يقتضى نقض التدبير وليس فى انتزاع ماله نقض التـدبير، ويستحسن فى مـرض السيد المخوف للسيـد أن لا ينتزع ماله بقرب عتقه فإنه ينتزعه لغيره لا لنفسه[٣].

إذا أسلم مدبر النصـرانى خورج عليه فـدفع إليه خراجه ولم يـبع عليه، وإنما ينتظر موته فيعتق من ثلثه إن حمله أو حمل منه[٤]، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يجـوز ثبوت ملك النصرانى على المسلم ولا اسـتخدامه بالرق ولا يجوز بيـعه لما ثبت له من الحرية[٥] فى حياة سيده فوجب أن يؤجر عليه من مـسلم ويدفع خراجه إلى سيده فإذا مات عتق من ثلثه[٦] وكان ولاؤه للمسلمـين ما دام السيد نصرانيًا فإن أسلم عـاد إليه الولاء، ويتخرج فيها رواية أخرى وهى: أنه يبـاع عليه ويدفع الثمن إلى النصرانى[٧] اعتبارًا ببيع أم ولده إذا أسلمت وحرمة الاستيلاد أقوى من حرمة التدبير.

(١) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٣).

(٢) ثبت فى (أ) أحكامها.

(٣) نص عليـه فى الموطأ. انظـر الموطأ (٢/ ٨١٤)، انظر الكافى لابن عـبـد البـر (٢/ ٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٣). انظر الثمر الدانى (ص ٥٣٩).

(٤) نص عليـه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٥)، انـظر المدونة (٣/ ٤٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٥).

(٥) ثبت فى (ب) الحرمة.

(٦) ثبت فى (أ) ثلاثة.

(٧) ثبت فى (ب) إليه.

فصل

إذا قتل المدبر فقيمته لسيده لأن أحكامه أحكام العبد فى حياة سيده، وكذلك له أرش جناية أعضائه فإذا أخذ ذلك فهو فى ملك له يعمل به ما شاء ولا يلزمه أن يجعله فى مدبر آخر لأن السيد لا صنع له فى قتله فكان قتله كموته وكانت قيمته بمنزلة ماله الذى يتركه بعد موته أنه للسيد بالرق لا بالميراث.

فصل

جناية المدبر فى خدمته دون رقبته[(١)] لأن بيعه غير جائز ولا يجوز إسلام رقبته إلى المجنى عليه فلم يبق إلا إسلام خدمته، لأن ذلك هو الذى يملكه السيد منه والسيد مخير إن شاء افتكه بأرش جنايته وإن شاء أسلم خدمته فإن أسلمها اختدمها المجنى عليه لأنها ملك له بدلا من جنايته وأجَّره وأخذ أجرته.

وإن كان للمدبر مال تعلقت الجناية بخدمته وماله اعتباراً بالحر فى تعلق جنايته بذمته وماله فإن كان فى المال وفاء بأرش الجناية استوفى منه وإن لم يكن فيه وفاء تعلق الفضل بخدمته وأخذ المجنى عليه حقه منها فإذا استوفى أرش الجناية زال تعلقه منه، فإن كان السيد حيّا عاد مدبراً على حاله، لأن السيد يملك باقى خدمته مدة حياته فإن مات السيد قبل أن يستوفى المجنى عليه أرش جنايته بأن كان له مال يحمل ثلث المدبر عتق فى الثلث لأنه لا شيء يمنع عتقه وما بقى من أرش الجناية دين عليه لأن الجناية لا تبطل أرشها لأنها إما أن تتعلق بالرقبة أو بالذمة، وتعلقها بالرقبة[(٢)] فى هذا الموضع متعذر للحرمة التى له بالتدبير فلم يبق إلا تعلقها بالذمة ولأنه لما كانت جناية الحر متعلقة بذمته كذلك جناية المدبر [بعد حريته وعن مالك رواية أخرى أن ما بقى من الأرش يبطل بحرية المدبر][(٣)].

ووجه ذلك أن الأرش كان معلقًا بخدمته دون رقبته فلما بطلت بحريته بطل الحق المتعلق بها ببطلانها كموته، هذا كله إذا كان للسيد مال [يعتق فيه فإن لم يكن للسيد

(١) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٥)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٥)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٤).
(٢) ثبت فى (أ) بالذمة.
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

مال][1] غيره عـتق ثلثه فكان ثلثاه رقًا للورثة ويلـزم المدبر ثلث ما بقى من أرش الجناية دينًا فى ذمته على أظهر الروايتين.

وعلى الرواية الأخرى يبطل عنه ويخير[2] الورثة فى افتكاك الثلثين بثلثى أرش الجناية أو إسلامه من رقبته إلى المجنى عليه[3] لأنه قد صار رقًا وبطل التـدبير فى ما زاد على ثلثه فإن أسلموه كـان مالكًا للمجنى عليه لأن المانع كان من إسلامه بثـبوت التدبير وإذا بطل التدبير بضيق المال عنه وجب تعلق ما بقى من أرش الجناية برقبته.

فصل

يجوز للسـيد أن يقاطع مدبره على مـال يأخذه منه ويعجل له العتق فـإذا فعل ذلك وتعجل ثم مات السيد قـبل أخذ المال لم يسقط عنه بموت سيده[4] لأنه دين تعلق بذمته ولا يعتبر فى ذلك خروجه من الثلث لأن الحرية قد سـبقت له قبل موت السيد فينجز[5] عتقه بالعوض دون التدبير.

ويجوز أن يكاتبه كتـابة منجمة فإن أداها قبل موت السيد عـتق وإن مات السيد قبل أدائها عتق بالتدبير وسقط عنه باقيها أو جميعها إن كان لم يؤد شيئًا منها فإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه كما لو لم يكـن كاتبه وسقط عنه [ثلث الكتابة لأنه لو عتق لسقطت الكتابة عنه فإذا عتق بعضه][6] سقط عنه بقدر ما عتق منه ويبقى ثلثاه مكاتبًا بثلثى الكتابة فإن أداه عتق وإن عجز رق للورثه والله أعلم[7].

* * *

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٢) ثبت فى (أ) ويجبر.
(٣) ذكره الشيخ ابن عرفة الدسوقى. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٤).
(٤) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١١). انظر الكافى لابن عبد البر (٩٨٥، ٩٨٦).
(٥) ثبت في (أ) فيجوزه.
(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٧) والله أعلم: سقطت من (أ).

٣٥
كتاب أمهات الأولاد[١]

إذا حملت الأمة من سيدها فقد ثبت لها حرمة[٢] حرية تمنع بيعها وهبتها والمعاوضة على رقبتها أو من خـدمتها أو إسلامها فى جناية أو عتقـها عن سبب يوجب العتق من كفارة أو نذر أو غير ذلك، ولم يبق فيـها إلا الاستمتاع بها فى حياته واستخـدامها فيما يقرب ولا يشق، سواء وضعت ولداً ميتًا أوحيًا كامل الخلقة أو ناقصًا أو أسقطت مخلقًا أو غير مخلق، علقة أو مضغة أو مـا يعلم أنه حمل، فإذا مات سيدها عتقت من رأس ماله كان له مال سواها أو لم يكن له غيرها، كان عليه دين أو لم يكن لا سبيل للغرماء عليها فى حياته ولا بعد موته ويتبعها مالها إذا عتقت قبل[٣] موته وله انتزاعه فى حياته.

وإن حملت منه قبل ملكه لها ووضعت ثم ملكها لم تكن بذلك أم ولد، فإن ملكها بعد الحمل وقبل الوضع فـفيها روايتان: إحداهمـا أنها تكون أم ولد، والأخرى أنها لا تكون أم ولد[٤] وفى إجباره إياها على التزويج روايتان.

وولدها من غيره بمنزلتها فى منع بيعهم إلا أن له إجارتهم بخلاف أمهم، وقيمتها إن قتلت[٥] وأرش جراحها لسـيدها فإن لم يقبضه حـتى مات ففيها روايتـان: إحداهما أنه ملك له والأخرى أنه يتبعـها كمالها، وليس له إسلامها فى جناية تجنيـها والخيار له فى افتكاكها بأقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمة رقبـتها، وحكمها فى جراحها وحدودها وطلاقها وعدتها من زوجها ومنع شهادتها ومـيراثها وسقوط الحد عن قاذفها والقصاص لها من الحر إذا قتلها أو جرحها حكم الإماء[٦] ما دام سيدها باقيًا، واستبراؤها من موته

(١) أم الولد فى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة: هى الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً. انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٧٩).
(٢) حرمة: سقطت من (أ).
(٣) ثبت فى (ب) بعد.
(٤) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/٤٠٩).
(٥) ثبت فى (ب) قبلت.
(٦) ثبت فى (ب) الأمة.

بحيضة وهو استبراء وليس بعدة.

فصل

وإنما قلنا إنه لا يجوز هبتها ولا المعاوضة عليها بغير البيع أيضًا فللإجماع على إن لا فرق بين البيع وبين ذلك كله، ولأن الحرمة المانعة من بيعها مانعة من ذلك كله.

فصل

وإنما منعنا أن تعتق عن سبب يوجب العتق لأن عقد الحرية قد ثبت لها فلا يكون عتقها تحريرًا، ولأن الملك عليها ناقص بنقصان التصرف فيها، وللسيد أن يعجل[1] عتقها ابتداء لأن ذلك إسقاط لحقه الباقى عليه من الاستمتاع.

فصل

وإنما منعنا من إجارتها خلافًا للشافعى[2] لأن الحرمة المانعة من بيعها مانع من إجارتها ولولا الوطء لكان عتقها منجزًا.

فصل

وإنما قلنا إن للسيد الاستمتاع بها لأن الحرمة إنما تثبت لها بالوطء فلا يجوز أن يجتلب[3] حرمة توجب تحريمه، وكذلك روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال له الاستمتاع بها ما عاش[4].

فصل

وإنما لم يفرق بين حياة الولد وموته لعموم الأخبار، ولأن الحرمة بالولادة دون صفة الولد.

---

(١) ثبت فى (أ): أن يجعل.

(٢) ذكره الشيخ الخطيب الشربينى. انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٤١)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٨٨).

(٣) ثبت فى (ب) تجنيب.

(٤) انظر الموطأ باب عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء فى العتاقة (٢/ ٧٧٦).

فصل

وإنما لم يراعَ التخليق خلافًا للشافعى[١]، لأن حرمة الولد[٢] ثابتة بالحمل اعتبارًا بحصول التخليق، ولأنا لما لم نراع آخره لم نراع وسطه.

فصل

وإنما قلنا تعتق من رأس المال لأن الحرمة حاصلة بها الآن وإنما بقى للسيد فيها الاستمتاع بالوطء فقط والوطء لا يورث عنه ولا يملك بعده[٣]، وليس له قيمة يراعى دخولها فى الثلث فلم يبق إلا العتق من رأس المال كالمعتقة إلى أجل.

فصل

وإنما لم يفرق بين أن يكون له مال سواها أو لم يكن لأن الأخبار مطلقة غير مقيدة، ولأن مراعاة مال سواها إنما يحتاج إليه فيما يكون عتقه فى الثلث لينظر هل يخرج كله أو بعضه وذلك غير معتبر هاهنا فلا معنى لمراعاته.

فصل

وإنما لم نراع أن يكون عليه دين أو لا يكون لعموم الأخبار، ولأن عتقها كان مستحقًا فى الحياة وإنما منع منه الوطء فإذا زال ذلك بالموت فلم يبق مانع منه، ولو وطئ المديان أمة له فحملت منه لكانت أم ولد ولم يكن للغرماء اعتراض عليها لقوة الحرمة بالوطء وتأكيدها على القول بالعتق الحامل من جهته.

فصل

وإنما قلنا إن مالها يتبعها إذا أعتقت لأن كل مملوك عتق بوجه من وجوه العتاقة[٤]

(١) قال الإمام النووى رضى الله عنه: ويثبت الاستيلاد أيضًا بإلقاء مضغة فيها خلقة آدمى إما لكل أحد وإما للقوابل وأهل الخبرة من النساء فإن لم يظهر وقلن: هذا أصل آدمى ولو بقى لتصور لم يثبت الاستيلاد على المذهب. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٣١٠)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٨٤).

(٢) ثبت فى (ب) الولاءة.

(٣) ثبت فى (أ) ولا يصدقه.

(٤) ثبت فى (ب) العتق وفى (هـ) العتاقات.

فماله تبع له ما لم ينزعه سيده أو يستثنيه على عند عتقه.

فصل

وإنما قلنا إن لسيدها انتزاعه منها حال الحياة لأن ملكه باق عليها فكان له انتزاع مالها كالأمة ولا يدخل عليه المكاتب لأن فى انتزاع مالها نقصان لعقد عتقه فهو كبيع أم الولد والمدبرة[١]، قال مالك إلا أن يشتد مرضه فلا يكون له ذلك لقرب الوقت الذى يعتقها[٢] فيه فمنع انتزاعه كما يمنع إخراج ماله فى المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب استحقاقهم له، ولأنه حينئذ ينتزعه لغيره لا لنفسه وإنما له أن ينتزعه لنفسه.

فصل

وإنما قلنا إنها إذا ولدت منه بعقد نكاح ثم ملكها فإنها لا تكون أم ولد بذلك خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من نكاح سيدها فهى معتقة عن دبر»[٤] فعلق ثبوت الإيلاد[٥] بأن يكون من سيدها وهذه ولدت من زوج ولأن الحرمة ثبتت لأم الولد من جهة الولد فإذا كان الولد لا حرمة له فى نفسه لم يسر إلى أمه ولأنها وضعت ولدًا مملوكًا فلم يثبت به حرمة أم الولد، أصله الزنا، ولأنها لم تكن أم ولد قبل الابتياع فكذلك بعده.

فصل

ووجه قوله إنه إذا ابتاعها حاملاً أنها تكون أم ولد قوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها فإذا مات فهى حرة»[٦] ولم يفرق بين أن تكون حملت منه قبل الملك أو بعده، ولأنه قد ثبتت له حرمة الحرية من جهة أبيه حال الحمل فسرى ذلك إلى أمه، أصله إذا ابتدأ الحمل فى ملكه، ووجه قوله إنها لا تكون أم ولد أنه حمل خلق رقيقًا فلم يثبت به حرمه الاستيلاد لأمه، أصله إذا ابتاعها بعد الوضع.

---

(١) ثبت فى (ب) المدبر.

(٢) ثبت فى (أ) يبتعها.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٢/ ٣٥٢)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٩٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (ب) الاستيلاد.

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

اختلف عنه فى أم ولد المدبر هل لها حرمة يثبت لها العتق بموته إذا أعتق أم لا؟ فعنه فى ذلك روايتان: إحداهما ثبوتها والأخرى نفيها.

فوجه ثبوتها اعتبارها بأم ولد المكاتب بعلة أن ولدها من سيدها داخل فى عقد العتق الثابت له ومكتسب لحرمته فوجب أن تكتسب أمه الحرية به.

ووجه نفيه أن حرمة سيدها ضعيفة لإمكان بطلان عتقه وعود رقه فلم تسر الحرمة إلى أمته بولادتها منه، فإذا قلنا لها حرمة الاستيلاد لم يجز للسيد انتزاعها منه حاملاً كانت أم غير حامل، وإن قلنا ليس لها حرمة الاستيلاد فله انتزاعها ما لم تكن حاملاً لأنها مال للمدبر وللسيد انتزاع مال مدبره، وإن كانت حاملاً لم يكن له انتزاعها رواية واحدة لأن الولد داخل فى تدبير أبيه.

فصل

فى أم ولد المكاتب خلاف لأنه قد جاز للمكاتب بيعها من غير دين وهذا يدل على أنه لا حرمة لها بالاستيلاد وقال ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين، فوجه الأول أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد وجاز له بيعها، ووجه الثانى اعتباراً بأم ولد الحر لثبوت حرمة العتق لسيدها، فأما إذا رهن المكاتب دين أو خيف عليه العجز فلا أعلم خلافًا عن مالك أن له بيعها فى دينه وأن لسيدها بيعها فى كتابته لأن دينه يؤدى إلى عجزه فيرق وتبطل حرمتها وحرمته.

فصل

وإذا أسلمت أم ولد النصرانى عرض عليه الإسلام عقيب إسلامها فإن أسلم فهى أم ولده مثل ما كانت فإن أبى ففيها روايتان:

إحداهما أنها تعتق عليه[1]، والأخرى أنها تباع، فوجه قوله أنها تعتق عليه لأنه لم يكن له فيها إلا الوطء فإذا حرم بالإسلام وجب عتقها لأنه لا يجوز بقاء ملك على

(١) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٣/ ٥٣)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨١).

ملك لا ينتفع منه بشيء من وجوه الانتفاع وكذلك قوله في أم ولد الابن إذا وطئها الأب أنها تعتق على الابن لأن وطأها محرم عليه.

ووجه قوله إنها تباع عليه أن النصراني غير متعبد بفروع الدين فلم يجز حكمه، ولأنه لما لم يمنع بيعها قبل إسلامها كذلك بعده كالعبد الغني إذا أسلم.

فصل

ووجه قوله إن له أن يزوجها بغير رضاها لأنه قد بقي له فيها ملك [الوطء بحكم الرق فجاز له المعاوضة عليها كما أنه لما ملك][1] من المدبر خدمته جاز له المعاوضة عليها، ووجه قوله لا يزوجها إلا برضاها أنه عقد على منافعها فلم يكن له ذلك إلا برضاها كالإجارة وذلك مكروه في الجملة للدناءة ونقصان المروءة.

فصل

وإنما قلنا إن ولدها[2] من غيره هو بمنزلتها لأن الأصول موضوعة على أن كل ولد حدث من ملك اليمين فإنه تابع لأبيه في الحرية والرق وعقودهما والأصل فيه ولد الرجل من أمته وكل ولد حدث من غير ملك اليمين[3] ولا شبهة ملك فهو تابع لأمه في ذلك والأصل فيه المتزوج بأمة غيره فإذا ثبت ذلك كان ولد أم الولد بمثابة أم الولد يعتق بموت سيدها من رأس المال كعتق أمه إلا أنه لا يجوز للسيد وطؤها إن كانت أنثى لأنها ربيبة.

وإنما قلنا إن له إجارته بخلاف أمه لأن أمه كان له فيها الاستمتاع وهو بعض أحكام الملك وذلك حرام عليه من ولدها فلم يبق فيهم إلا الإجارة لأنا لو منعنا ذلك لم يبق لهم عليه شيء من أحكام الرق وذلك ينافي بقاء الملك.

فصل

وإنما قلنا إن قيمتها إن قتلت لسيدها لأنها على ملكه، وإن كان ناقص التصرف فيها وكذلك أرش جراحها له لأنه إذا كان يملك قيمتها لو قتلت ملك أرش جراحها اعتباراً بالعبد القن، ووجه قوله إنه إذا لم يقبضه حتى مات فإنه يورث عنه فلا يتبعها هو أنه ما

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت في (ب) ولده.

(٣) اليمين: سقطت من (ب).

كان يملكه فى حياته دونها فكان لورثته بعد موته لأن ما ملكه الإنسان فى حياته من المال فهو لورثته بعد موته، ووجه قوله إنه لها إنهاء تملك أرش الجناية عليها وللسيد انتزاعه كما له انتزاع مالها فلما لم ينتزعه فى الحياة تبعها كغيره من مالها.

فصل

وإنما قلنا ليس له إسلامها لجناية تجنيها؛ لأن إسلامها بمنزلة بيعها لأن الغرض به استرقاقها وأخذ رقبتها عوضًا من جنايتها وإذ لم يجز إسلامها وكان السيد سبب المنع لزمه افتكاكها.

وإنما قلنا إنه يكون مخيراً بين القيمة وأرش الجناية اعتباراً بالعبد إذا امتنع من إسلامه إلى المجنى عليه وتعذر بنقص وجوه التعذر، فأما القيمة فإنها تقوم مقام المقوَّم وتسد مسده والمراعاة فيها يوم الحكم، ولأن ذلك وقت وجوب تسليم العبد القن وكذلك فى أم الولد، وأما أرش الجناية فلأنها بدل من جنايتها والخيار له فى أقل الأمرين لأن المجنى عليه لا مقال له إذا أخذ بدل جنايته أو بدل رقبة الجانى.

فصل

وإنما قلنا إن أحكامها فى حدودها وجراحها وشهادتها وغير ذلك أحكام العبيد لبقائها على الرق، ونقصان التصرف فيها لا يمنع جرى أحكام الرق عليها كالمعتق إلى أجل.

فصل

وإنما قلنا استبراؤها من موت سيدها بحيضة لأنه استبراء من وطء بملك اليمين كالأمة، وإنما لم نقل عليها العدة بالشهور خلافًا لمن ذهب إلى ذلك[1]، ولأن العدة تجب على الزوجات وهذه ليست بزوجه فإن يئست من الحيض فبثلاثة أشهر لأن ذلك قائم مقام الحيض إذا عدم، [وبالله التوفيق][2].

---

(١) فقال عطاء وقتادة: عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة. وقال أصحاب الرأى: عدة أم الولد من موت سيدها، والإعتاق ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر. وقد نقل الشيخ موفق الدين بن قدامة عن الأحناف: أنه ليس على أم الولد استبراء فاحذره. انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ١٥٤)، انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٠٩)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٤٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ،هـ).

٣٦
كتاب الأقضية

والشهادات والدعاوى والبينات وما يتعلق بذلك[(١)]

الأصل فى القضاء[(٢)] قوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ [ص:٢٦]، وقوله عز وجل: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة:٤٩]، وقوله تعالى ﴿لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء:١٠٥]، وقوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»[(٣)]، وقوله لمعاذ بن جبل لما وجهه إلى اليمن قاضيًا: «بم تحكم» قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد»، قال: بسنة رسول الله ﷺ قال: «فإن لم تجد» قال: أجتهد رأيى، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله»[(٤)]، وفيه أخبار كثيرة عنه ﷺ وعن السلف بعده.

فصل

ويجب أن يكون فى القاضى خصال منها ما لا يتم الحكم إلا بها ما هو من آداب القضاء وسنة الحكم فى الشرع، فأول ما يجب[(٥)] فيه: أن يكون فقيهًا غير عامى ومن

(١) فى (ب) كتاب الأقضية فقط.

(٢) القضاء فى اللغة: الحكم قضى عليه يقضى قضيًا وقضاءً وقضية والصنع والحتم والبيان. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٣٧٨).

وفى الاصطلاح: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشّرعى ولو بتعديل أو تجريح لا فى عموم مصالح المسلمين. انظر حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٦٧).

(٣) أخرجه البخارى فى الاعتصام (١٣/ ٣٣٠) ح (٧٣٥٢)، ومسلم فى الأقضية (٣/ ١٣٤٢) ح (١٧١٦/١٥).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأقضية (٣/ ٣٠٢) ح (٣٥٩٢). والترمذى فى الأحكام (٣/ ٦٠٧) ح (١٣٢٧). وأحمد فى المسند (٥/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣) ح (٢٢٠٦٨). وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/ ٢٠١).

(٥) يجب سقطت من (ب).

أهل الاجتهاد عارفًا بالكتاب والسنة وطرق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها وتخريج الفروع على الأصول، ولا يجوز له تقليد غيره من العلماء ما دام عليه فسحة فى النظر ومهلة يمكنه فيها الاجتهاد فإن خاف فوات الحادثة متى أخرها إلى أن يلوح[1] له فيها النظر وتعين عليه فرض الحكم فيها فهل يجوز له أن يقلد غيره من العلماء أو لا يجوز له فيها نظر فكان الأقوى أن يجوز لأن تأخير الحكم يؤدى إلى فوات الفرض وإضاعته، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم قد كان يقلد بعضهم بعضًا فى الأحكام إذا خفى على المقلد منهم طريق النظر فى حكم الحادثة.

فصل

وإنما قلنا إنه لا يجوز أن يكون الحاكم عاميًا خلافًا لأبى حنيفة[2]، لقوله تعالى: ﴿لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء:١٠٥] وذلك يتضمن الاجتهاد، وقوله تعالى: ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ [ص:٢٦] والمقلد لا يفرق بين الحق والباطل بالتقليد، وقوله ﷺ: لمعاذ: «بما تحكم» قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد» قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم تجد»، قال: أجتهد رأيى، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله»[3] وقوله: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»[4].

وهذا كله يدل على أن الحاكم يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ولأن التقليد لا يثمر عليه ولا يجوز التقليد إلا للعامى للضرورة بالعامى إلى أن يلى الحكم ويقلد غيره. ولأن القضاء آكد وأقوى من الفتيا لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه، والمستفتى لا يلزمه المصير إلى فتيا المفتى فإن لم يجز للمفتى أن يكون مقلدًا فالقاضى أولى.

وينبغى للقاضى أن يكون فطنًا متيقظًا كثير التحرز من الحيل وما ينم مثله على المغفل أو الناقص أو المتهاون، وأن يكون عالمًا بالشروط عارفًا بما لا بد منه من العربية واختلاف معانى العبارات فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات فى الدعاوى والإقرار والشهادات

---

(١) ثبت فى (أ) يبرح.

(٢) فى قوله بجواز تقليد المقلد القضاء. انظر الهداية للمرغينانى (٣/١١٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/٢,٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

وغيـر ذلك مما يتعلق، ولأن كتـاب الشرط هو الذى يتـضمن حقـوق المحكوم له وعليه والشهادات تسمع بما فـيه فقد يكون العقد واقعًا علـى وجه يصح أو لا يصح فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وتحمله[1]، وينبغى أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة ويستعين بهم على ما هو سبيله ويـعول بهم على التوصل إلى ما ينوبه ويخففوا عنه فيمـا يحتاج إلى الاستنابة فيـه من النظر فى الوصايا والأحباس والوقوف والقـسمة وأموال الأيتام وغير ذلك مما ينظر فيه.

والأولى عندنا[2] أن يقضى فى المسجد خلافًا للشافعى فى كراهية[3] ذلك. لأن النبى ﷺ كان يحكم فيه، والأئمة بعده وليقرب الوصول إليه على كل من أراده.

وينبغى له التسوية بين الخصمين فى المجلس وأن يكون إقـباله عليهما على حد سواء كمـا روى عن السلف والأئمـة من القضاء بذلـك وأن يبتدى منـهما من بدأ بـالدعوى فيسمع دعواه ويستوفى الحكم له ثم يثنى من بعـده وإن تشاحا فى التقديمة والتبدية ولم يعلم صدق أحـدهما أقرع بينهمـا فيبـدأ بمن يخرج سهمـه لأنه لا طريق إلى الفصل[4] بينهما إلا بذلك ويجوز أن يقال إن ذلك موكـول إلى اجتهاد الحاكم والإقراع أقرب إلى العدل.

وينبغى إذا استوفى سماع البينة وأراد الحكم أن يقول للمحكوم عليه أو لوكيله إن لم يحضر: أبقيت لك حجة؟ أم هل عندك مـا تدفع به حجة خصمك؟ فإذا قال لا، حكم حينئذ، وإن قال نعم انتظر ما يأتى به فإن تبين منه اللدد[5] حكم ولم يلتفت إلى قوله.

وينبغى أن يكون له صاحب مـسائل يكون من أهل الأمانة والثقة فيـسأله عن شهوده ويعول عليه فى تعـديل من شهد عنده، وينبغى للمزكى أن يكون عالمًا بـوجوه التعديل والجرح عارفًا بطرقهما.

(١) وتحمله: سقطت من (ب).

(٢) عندنا: سقطت من (ب).

(٣) قال الإمام النووى: ويستـحب أن لا يتخذ المسجد مجلسًا للقضـاء فإن اتخذه كره على الأصح. انظر روضة الطالبين (١١/١٣٨)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٣٩٠).

(٤) ثبت فى (ب) القضاء.

(٥) ثبت فى (ب) الرفع. وقال الفيروزآبادى : (الألَدّ الخَصم الشـحيح الذى لا يزيغ. انظر القاموس المحيط للغيروزآبادى (١/ ٣٣٥).

وللحاكم أن يحكم بشهادة من يعلمه عدلاً وأن يرد شهادة من يعلمه فاسقًا أو يعلمه غير مستكمل بشروط العدالة وليس ذلك حكمًا بعلـمه، وشروط القضاء وآدابه كثيرة لا يحتملها هذا المختصر وفيما ذكرناه كفاية إن شاء الله.

فصل

ولا يحكم الحاكم بعلمـه فى شىء أصلاً لا قبل ولايته ولا بعـدها لا فى حكمه ولا فى غيره ولا فى حقوق الله ولا فى حقوق الآدميين[١].

وقال عبـد الملك: يحكم بعلمه فى مجلس حكمـه إذا حضر عنده الخصـم واعترف بحق خصمه[٢].

وقال أبو حنيفة يحكم فى حقوق الآدميين فيما علمه بعد القضاء لا يحكم فيما علم قبله[٣] وقال الشافعى إنه يحكم بعلمه فى كل الأشياء[٤].

فـدليلنا قوله تعـالى: ﴿والذين يرمـون المحصـنات ثم لم يأتوا بأربـعـة شـهـداء فاجلدوهم﴾ [النور:٤] فـأمر بجلد القـاذف متى لم يقـم بينة على ما رمى به المقـذوف، وقوله ﷺ فى حديث هلال بن أمية لما لاعن زوجـته: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال وإن جاءت به على نعت كـذا فهو [لشريك فجـاءت به على النعت المكروه فقال ﷺ: «لو كنت راجمًا أحدًا بغير بينة لرجمتها»[٥] موضع الدليل أنه ﷺ علم أنها زنت لإخبـاره أنها جاءت به على نعت كذا فـهو][٦] لغيـر زوجها ثم لم يحكم بالحـد لعدم البينة.

---

(١) ذكره ابن عبـد البر فى الكافى. وقال: هذا تحصيل مـذهب مالك. انظر المدونة (٤/٧٨). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٧). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/١٥٨، ١٥٩).

(٢) وهو قول أبوه عبـد العزيز بن أبى سلمة وهو قول طائفة من أهل المديـنة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٧).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/١١٦). انظر الفتاوى الهندية (٣/٣٣٩).

(٤) ذكره الإمـام النووى. وقال: يقضى بعلمه فى المـال قطعًا وكذا فى القصاص وحـد القذف على الأظهر ولا يجـوز فى حدود الله على المذهب وقيل قولان. انظر روضـة الطالبين (١١/١٥٦)، انظر مغنى المحتاج (٤/٣٩٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

وعند المخالف يجب أن يرجمها إذا علم بذلك، وروى أنه ﷺ بعث أبا جهم مصدقًا فلاحقاه رجلان فشجهما فأتيا إلى النبى ﷺ يـطلبان القصاص فبذل لهما مالاً فرضيا به فقال إنـى أخطب الناس وأذكر لهم ذلك أفرضيـتما، قالا: نعم فـخطب الناس ثم قال أرضيتما بعـد أن ذكر القصة فقالا: لا، فهم بهم المهاجـرون الأنصار فمنعهم النبى ﷺ ثم نزل فزادهما فرضيا فصعد المنبـر فقال أرضيتما فقالا: نعم[1]، موضع الدليل أنه لم يحكم عليهـما بعلمه لما جحدا أن يكـونا رضيا، ولأنه ﷺ امتنع من قتل المـنافقين مع علمه بكفرهم وقـال: «لئلا يتحدث الناس أن محمداً يـقتل أصحابه»[2] وإنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه، ولأن الحاكم لما كان غير معصوم فقد تلحقه الظنة والتهمة فى أن الحكم لوليه على عدوه وأمكن وقوع ذلك منهم وجب حسم الباب: بألا يحكم بعلمه لئلا يدعى عليـه بذلك، ولإمكان أن يقع ذلك منه فيلحق الناس أذية منه: فإذا منع أن يحكم بعلمـه زالت التهمة فى ذلك ويعرض الكلام فى الحـدود ولأصحاب الشافعى فيها وجهان[3].

ودليلنا أنه لا يحكم فيـها بالعلم الظاهر والأخبـار، وقول أبى بكر رضى الله عنه لو رأيت رجلاً[4] على حد من حدود الله ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة[5]، ولا مخـالف له نعلمه وإن سلموا ذلك قـسنا عليه سائر الحقـوق، وقلنا إنه حكم بعلم فلم يجز، أصله الحدود واعتباراً بعلمه قـبل الولاية مع أبى حنيفة، وفى غير مجلس الحكم مع عبد الملك.

فصل

إذا ثبت أنه ليس له أن يحكم فله أن ينـفذ الحكم بعلمـه بعدالة الشهـود ويقف عنه

(١) أخرجـه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٠) ح (٤٥٣٤). والنسائى فى القسـامة (٨/ ٣١) ح (باب: السلطان يجاب على يده)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨١) ح (٢٦٣٨).

(٢) أخـرجـه البـخـارى فى المناقب (٦/ ٦٣١) ح (٣٥١٨)، ومـسلم فـى البـر (٤/ ١٩٩٩) ح (٦٣/ ٢٥٨٤).

(٣) قال الإمـام النووى: يقضى فى حـد القذف بعلمه على الأظهـر ولا يجوز فى حـدود الله تعالى على المذهب وقيل قـولان. انظر روضة الطالبين (١١/ ١٥٦)، انظر مغـنى المحتاج (٤/ ٣٩٨)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٣٤٩).

(٤) ثبت فى (ب) أحدًا.

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٤٢) ح (٢٠٥٠٥).

بعلمه بفسقهم وليس ذلك حكمًا منه بعلمه بدليل أن لغيره من الحكم أن يحكم بشهادتهم ولو كان ذلك حكمًا بالعلم لم يجز لمن جاء بعده أن يحكم بشهادة من قد رد شهادته الذى قبله كما لا يجوز له نقض حُكْمٍ حَكِمَ به مما يسوغ لهما[1] الحكم به.

فصل

إذا علم شيئًا ومنع الحكم فيه بعلمه فإنه قد يكون شاهدًا فيه لمن له الحكم فيرفع إلى الإمام أو إلى غيره من الحكام ويدعى صاحب الحق شهادة الحكم فيكون الحاكم كأحد الشهود فيعمل فيه كما يعمل فى شهادة الشاهد وسائر الحقوق[2].

فصل

وإذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به فإذا شهد شاهدان على حكمه ثبت ولم يسقط بإنكاره وكذلك لو نسى[3] أن يكون حكم به فشهد به عنده شاهدان قبل شهادتهما، وقال أبو حنيفة[4] والشافعى : إن لم يذكرحكمه لم تنفع شهادة الشهود شيئًا[5].

ودليلنا أنها شهادة عنده على حكم لو كان ذاكرًا له لساغ قبولهما فكذلك إذا كان ناسيًا، أصله إذا شهد عنده بحكم غيره، ولأنه قد تعلق بذلك حق لغيره وهو من يشهد بالحكم له فلو قلنا إن الشهادة غير مقبولة إلا أن يذكرها ومعلوم أنه قد ينسى ويشك لأدى إلى تضييع حقوق الناس ولكان لا معنى للإشهاد على إنفاذه، ولأنه قد يتهم أيضًا أن يكون جحد حكمه لعداوة بينه وبين المشهود له.

فصل

وإذا وجد فى ديوانه حكمًا بخطه ولم يذكر أنه حكم لم يجز له أن يحكم به إلا أن

---

(١) ثبت فى (ب) إليه.

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٧٨)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٥٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٥٨، ١٥٩).

(٣) ثبت فى (أ) خشى.

(٤) ذكره فى الفتاوى الهندية. انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٣٤٠).

(٥) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/ ١٥٧). انظر مغنى المحتاج (٤/ ٣٩٩).

يشهد عنده شاهدان خلافًا لابن أبي ليلى في قوله يحكم بالخط[١]، لأنه لم يثبت عنده أنه حكم به فلا يجوز قياسًا على حكم غيره.

فصل

لا خلاف أعلمه أن العبد لا يجوز أن يكون حاكمًا[٢] [والعلة فيه نقصه بالرق، وأما المرأة فلا يجوز أن تكون حاكمًا][٣] عندنا على وجه، وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون حاكمًا في كل أمر تجوز فيه شهادة النساء[٤] فدليلنا قوله ﷺ: «إنكن ناقصات عقل ودين»[٥] وهذا خارج مخرج الذم وفيه تنبيه على منع رد شيء من أمور الدين إليهن، وقوله ﷺ: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»[٦] وقوله: «أخروهن حيث أخرهن الله»[٧]، ولأنها ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام كالإمامة الكبرى، ولأنه لا يصح أن تكون حاكمًا في الحدود والقتل فكذلك في غيره من الأحكام، أصله العبد.

فصل

وذهب ابن جرير الطبري إلى أن المرأة يجوز أن تكون حاكمًا على الإطلاق في كل ما يجوز أن يحكم فيه الرجل[٨]، وسمعت أبا الفرج بن ظرارة وسئل عن هذه المسألة في مجلس السلطان الأعظم عندنا بمدينة السلام وأنا حاضر سنة سبع وثمانين وثلاثمائة

---

(١) وهو رواية عن أحمد بن حنبل. وقال ابن قدامة: هذا الذي رأيته عن أحمد في الشهادة. انظر المغني لموفق الدين (١١/ ٤٣٥).

(٢) انظر مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ٤٩). انظر المغني لموفق الدين (١١/ ٣٨٠).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (٣/١١٨)، انظر الاختيار للموصلي (٢/١١١).

(٥) أخرجه البخاري في الحيض (١/ ٤٨٣) ح (٣٠٤) ، ومسلم في الإيمان (١/٨٦) ح (٧٩/١٣٢).

(٦) أخرجه البخاري في المغازي (٧/ ٧٣٢) ح (٤٤٢٥)، والترمذي في الفتن (٤/ ٥٢٧) ح (٢٢٦٢)، والنسائي في القضاة (٨/ ٢٠٠) باب (النهي عن استعمال النساء في الحكم)، وأحمد في المسند (٥/ ٥٤) ح (٢٠٤٦٢).

(٧) ذكره الحافظ الزيلعي وعزاه إلى عبد الرزاق في مصنفه وقال: موقوف على ابن مسعود، انظر نصب الراية (٢/ ٣٦).

(٨) ذكره ابن قدامة في المغني، انظر المغني لموفق الدين (١١/ ٣٨٠)، انظر حلية العلماء للشاشي (٣/ ١١٥٩).

فاحتج بأن قال: لأن الغرض من الحكام[1] تنفيذ الأحكام، وسماع البينة، والفصل بين الخصوم وذلك متأت من المرأة كتأتيه من الرجل فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الأنثى والذكر وهذا القدر غير مؤثر[2] فنقضه القاضى الإمام أبوبكر محمد بن الطيب الأشعرى شيخنا رحمه الله بالإمامة الكبرى لأن الغرض بها حفظ البيضة وحماية الجوزة والذب عن الأمة وجباية الخراج وأموال المسلمين وصرفها فى وجوهها قد يتأتى ذلك من المرأة كتأتيه من الرجل ومع ذلك فلا يجوز أن تكون إمامًا.

قلت أنا وينتقض أيضًا بالعبد فانفصل[3] وأجاب الشيخ[4] بأن قال: لا يمتنع أيضًا أن يكون الأصل فى كل من استنيب فى شىء يتأتى منه فعل[5] ذلك الشىء فإنه يصح[6] تأتيه فيه إلا أن يقوم دليل من جهة الشرع يمنعه، وأجاب القاضى عن هذا بأنا لا نسلم أن يكون ذلك أصلاً فى الشرع وإنما هو على حسب ما يقوم عليه الدليل من إطلاق أو تقييد قال: وهذا حيلة لدفع[7] النقض.

فصل

إذا كان القاضى لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما احتاج إلى من يترجم عنه، وقال أبو حنيفة يكفى فى ذلك رجل واحد كان أو امرأة[8]، وقال الشافعى لا يكفى فى ذلك أقل من اثنين[9]، ولا أحفظ فى هذا الوقت شيئًا من متقدمى أصحابنا، وفصل متأخرو شيوخنا فقالوا إن كان الإقرار يتضمن مالاً أو يتعلق بالمال قبل رجل وامرأتان وإن كان مما لا يتضمن ذلك لم يقبل فيه إلا رجلان، والأمر على ما قالوه، إلا أنه إن كان إقراره بمال أو دعواه بمال أو ما يتعلق بالمال فعندى أنه يخرج على وجهين: أحدهما أنه يقبل فيه رجل وامرأتان، والآخر لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين والذى لأجله وجب ذلك

---

(١) ثبت فى (ب) الحاكم.
(٢) ثبت فى (ب) مؤثر.
(٣) فانفصل: سقطت من (أ).
(٤) ثبت فى (ب، هـ) المحتج.
(٥) ثبت فى (أ) قبل.
(٦) ثبت فى (ب،هـ) يصلح.
(٧) ثبت فى (أ) لرفع.
(٨) ذكره الشيخ الموصلى، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١١٣).
(٩) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/ ١٣٦)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٣٨٩).

اختلافهم فيما يتعلق بالمال مما ليس هو فى الحقيقة شهادة على مال هل يقبل فيه رجل وامرأتان أم لا وذلك لأنهم اختلفوا فى الشهادة على الوكالة بالمال.

والوكالة فى المطالبة والخصومة فيه ليست مالاً وإنما هى فعل بدن وحكم يثبت فيه يجر إلى تعلق المال فكذلك فى مسألتنا هى شهادة على لغة وهى أن معنى ما قاله باللغة العربية أنه إقرار بمال والشهادة على أن هذا اللفظ فى لغة الخصم موضوع لهذا المعنى فى لغة العرب ليست بشهادة على مال فيجب على هذا ألا يقبل فيه إلا شاهدان.

فصل

لا يحلِّف الحاكم المدعى عليه إلا أن يعلم أن بينهما مخالطة أو معاملة أو تهمة دون الاقتصار على مجرد الدعوى، واختلف أصحابنا فى تأويل ذلك فمنهم من قال ينظر إلى الدعوى فإن كان مما يجوز ويشبه أن يدعى مثلها على المدعى عليه أحلف له، [ومنهم من قال إن كان المدعى عليه يشبه أن يكون مثله [يعامل][1] المدعى فيما ادعى عليه أحلف له][2]، ومنهم من قال إن المسألة على ظاهرها لا يحلِّفه الحاكم إلا أن يعلم بينهما مخالطة أو معاملة وهذا كله إذا كانا من أهل البلد أو مقيمين به، وأما إن كانا غريبين فيحلِّفه ولا يعتبر مخالطته ولا غيرها، وعند أبى حنيفة[3] والشافعى أنه يحلف على أى وجه كان[4].

فدليلنا أن ما قلناه مروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه[5] وهو صحابى إمام ولا مخالف له، ولأن من أصلنا الحكم بالذرائع ومعناها المنع من المباح إذا قويت التهمة فى التطرق به إلى الممنوع، وهذا موجود فى مسألتنا لأن اليمين تشق وتصعب على أهل الأقدار والديانات، وربما افتدوا منها وربما بذلوا الشىء الذى يدعى عليهم كراهية أن يتحدث عنهم أنهم أقدموا على اليمين وحراسة لحسن الظن بهم وانتفاء التهمة[6] عنهم، فلو كانت اليمين بمجرد الدعوى لما شاء أحد أن يؤذى أهل الدين والقدراء ويتعرض

(١) ما بين المعكوفين طمس فى (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب، هـ).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١٧٤)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٤٦).

(٤) انظر روضة الطالبين (١١/ ٤٣).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٤٣٧) ح (٢١٢٣٧).

(٦) ثبت فى (ب) الظن.

لمالهم إلا وأظهر الدعوى فيحصل إما على شيء يأخذه أو على الأذية والذلة لهم، وفى ذلك إضرار بالناس وتطريق إلى من يريد أذاهم إلى ما يريده لهم فوجب حسم الباب بالمنع منه حتى إذا كان مع الدعوى سبب يقويها وجب اليمين لغلبة الظن بإمكان ما يدعيه المدعى ولا يلزم على هذا ألا يعديه[١] لأن حضور مجلس الحاكم إذا لم تقارنه يمين لا هجنة[٢] فيه لأنه لم يتم للمحضر[٣] المدعى عليه ما أراد به.

فصل

إذا حكَّم الرجلان بينهما رجلاً ورضيا بحكمه فحكم بينهما بما يجوز فى الشرع لزمهما ولم يعتبر موافقة حاكم البلد أو مخالفته، وقال أبو حنيفة إن وافق ما حكم به رأى قاضى البلد لزم وإلا لم يلزم[٤]، وللشافعى قولان: أحدهما مثل قولنا، والآخر يكون فتوى منه لا حكمًا[٥]، فدليلنا على لزومه خلافًا للشافعى قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[٦]، وقوله: «لكل مسلم شرطه»[٧]، ولأنهما إذا تراضيا به لزمهما حكمه لإلزامهما أنفسهما وذلك كما لو رضى بقاضى البلد، ولا يشبه هذا الشهادة إذا قال فلان صادق فيما شهد به علىَّ ثم أنكر شهادته لأن الرضا بالشهادة ليس برضا باجتهاد لأن الشهادة علم يؤديها الشاهد إلى الحاكم لا مجال للاجتهاد فيها له أن ينكر إذا شهد عليه بالباطل، والقضاء بخلافها لأن طريقه الاجتهاد فما رضيا بحكمه وعلما أنه يجتهد وأن اجتهاده ربما وافق مراد أحدهما وربما خالفه فقد دخلا على الرضا بما يكون منه.

فأما إذا حكم بينهما بجور أو بخلاف نص أو إجماع فلا يلزم كالشهود إذا شهدوا بالباطل لأنهما إنما رضيا بأن يحكم بالشرع لا بخلافه، ودليلنا على أنه يلزم وإن خالف رأى قاضى البلد أنه إذا ثبت أن يتراضيا به[٨] فقد صار حاكمًا ينفذ حكمه عليها وصار

---

(١) ثبت فى (ب) يغديه.
(٢) ثبت فى (أ) لا سحبة.
(٣) ثبت فى (أ) للحاضر.
(٤) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١٢٠)، انظر الاختيار للموصلى (٢/١٢٣).
(٥) ذكرهما الشيخ الشيرازى. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٩١)، انظر روضة الطالبين (١١/ ١٢٠، ١٢١).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) تقدم تخريجه.
(٨) ثبت فى (ب) تراضيهما.

بمنزلة حاكم آخر فى البلد لأن تراضيهما به يقوم مقام نصب السلطان له.

فصل

إذا ثبت عند حاكم بلد حق لإنسان على رجل فى بلد آخر وتعذر عليه إقامة بينة عند حاكم ذلك البلد جاز للحاكم الذى يثبت الحق عنده أن يكتب بما يثبت عنده له إلى حاكم ذلك البلد وعلى المكتوب إليه أن ينفذه إذا شهد شاهدان[١] بأنه كتاب ذلك الحاكم ولا تنفع الشهادة على حكمه دون لفظه بأنه كتابه[٢].

وإنما قلنا إن كتاب الحاكم إلى الحاكم يثبت به الحق للضرورة إليه لأن البينة ربما يتعذر إقامتها عند ذلك الحاكم فلم يبق طريق إلا أن يكتب ذلك الحاكم به إلى من يلتمس تنفيذه للحكم لأنه لو لم يقبل ذلك لأدى إلى ضياع الحقوق، ولأن كتاب الحاكم أو شهادة الشهود بثبوت الحق يثبت عند الحاكم[٣] الثانى بشهادة الشهود عنده بحكم الأول به فكذلك شهادتهم عليه أن هذا كتابه.

وإنما قلنا إن الشهادة على الخط لا تنفع لأن الخط لا يحكم باعتراف كاتبه على ما كتبه[٤] لأنه قد يكتب أشياء لا يؤخذ بها ولو لفظ كتبه لأخذ به.

فصل

وإذا مات المكتوب إليه أو عزل فجاء الكتاب إليه والمكاتبة للذى قبله لزم الثانى أن يحكم بما فيه [خلافًا لما حكى عن أبى حنيفة من أنه لا يجوز للقاضى الثانى أن يحكم بما فيه[٥]][٦] لأن الحاكم لا يخلو أن يكون كتب ما به قد حكم أو بثبوت حق عنده لم يحكم به فإن كان قد كتب بأنه قد حكم فيلزم كل من ثبت عنده ذلك من الحكام تنفيذه، وإن كان قد كتب بما يثبت عنده فذلك جار مجرى الشهادة على الشهادة فشهود

(١) ثبت فى (أ) شاهد.

(٢) انظر المدونة (٤/ ٧٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٥٦).

(٣) الحاكم: سقطت من (أ).

(٤) ثبت فى (أ) كتابه فإن على ما كاتبه.

(٥) قال الشيخ الموصلى: إن مات المكتوب إليه بطل إلا أن يكون قال بعد اسمه: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٢)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٤١٤).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الفرع إذا ماتوا جاز لغيرهم تحمل الشهادة كذلك ها هنا.

فصل

يحكم على الغائب إذا أقام الحاضر البينة وسأل الحكم له، وقال أبو حنيفة يسمع الحاكم دعوى الحاضر وبينته ولكن لا يحكم له على الغائب ولا على من هرب قبل الحكم وبعد إقامة البينة[١]، ودليلنا قوله ﷺ لهند وقالت له إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي أفآخذ من ماله فقال : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢]، وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما خطب الناس (ألا إن أسفيع جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقول سبق الحاج فادان معرضًا وإنا بايعوا ماله فمن كان له عليه دين فليحضر)[٣] ولم يكن أسفيع حاضراً ولا أنكر ذلك على عمر أحد، ولأنها بينة مسموعة طلب صاحبها الحكم بها فأشبه إذا كان الخصم حاضراً، ولأنها دعوى مستحق على غائب قامت بها بينة فوجب أن يحكم بها، أصله إذا ادعى على رجل أنه قتل وليه خطأ لا خلاف أنه يحكم له بالدية على العاقلة وإن كانوا غيبا لأن غيبة المدعى عليه لا تمنع الحكم عليه، أصله إذا ادعى على ميت وأقام البينة أو ادعى على جماعة غيب أحدهم حاضر، ولأن عدم الحضور بالموت أبلغ في التعذر منه بالغيبة فإذا قضى مع الموت فمع الغيبة[٤] أولى، ولأن ذلك ذريعة إلى إبطال حقوق الناس لأنه لا يشأ أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا غاب فلا يمكن القضاء عليه، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحاكم يسمع البينة عليه والفائدة في ذلك الحكم بها وإلا لم ينتفع باستماعها، ولأنهم قد وافقونا على أن امرأة لو ادعت النفقة على زوجها وهو غائب وذكرت أن له وديعة عند رجل فأقر بها فإنه يقضى لها بنفقتها ويؤخذ لها منه فكذلك سائر الحقوق.

فصل

وإنما فرقنا بين الرباع وغيرها من الأموال لأن الرباع مأمونة لا يخاف عليها فاستحسن مالك رحمه الله التوقف عن الحكم فيها مع الغيبة[٥]، وأن لا يعجل بذلك إلى أن يقدم

(١) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (١١٩/٣)، انظر الاختيار للموصلي (١١٥/٢).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريج هذا الأثر.
(٤) ثبت في (أ) غيبة.
(٥) ثبت في (أ) الغيب.

الغائب فيذكر حجة إن كـانت له ويحكم عليه بما لا يحتاج إلى نقض بعده، وعنه رواية أخرى أنه لا فرق بين الرباع وسائر الأموال فى وجوب القضاء على الغائب.

فصل

حكم الحاكم لا يغير الشىء عن باطنه عما هوعليه ولا يـحيله عن حقيقته، ولا فرق فى ذلك بين ما يملك الحاكم ابتداؤه وبين مـا لا يملكه فى أن حكمه إذا كان عن سبب غير صـحيح لم ينفذ فى الباطن، ومـثال ذلك أن يدعى رجل على أجنبية أنهـا زوجته ويقيم على ذلك شاهدى زور فيشهدان فيحكم الحاكم بشهادتهما هذا حكم لا يصح فى الباطن ولا يحل المرأة له فـإن وطئها مع علمـه فهو زان، وكـذلك لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثًا وشهد بذلك شاهدا زور فحكم الحاكم بالفرقة فإنها لا تطلق عندنا وتكون المرأة على حـالها ولا يجوز لهـا أن تزوج بذلك الحكم ولا لأحد الـشاهدين أن يتزوجها هذا وما أشبه من نظائره، وقال أبو حنيفة فى هذه المسائل إن حكم الحاكم يزيل الشىء عن حقيقته فى الباطن[1].

ففى المسألة الأولى إذا حكم له الحاكم بالزوجيـة جاز له أن يطأها وتصير زوجته عند الله تعالى، وقال فى المسألة الثانية أنها تصيـر مطلقة بحكم الحاكم بشهادة الزور بطلاقها ويجوز لهـا أن تتزوج ويجوز لأحـد شاهدى الزور أن يتزوجـها وهو يعلم أن الزوج لم يطلقها، وإن حكم الحاكم بطلاقهـا إنما كان عن شهادة الكذب، وقال فى نوع آخر وهو أن يدعى على ذات محرم أنها زوجتـه وشهد له بذلك شاهدا زور أن الحكم لا ينفذ فى البـاطن ولا تكون زوجتـه، وكذلك إذا أقـام شاهدى زور فى دعـوى مال[2] فحكم له الحاكم فإنه لا ينفـذ، وفصلوا بين الموضعين بأن لكل مـوضع جاز أن يكون للحاكم فى ابتداء فعله ولاية نفذ حكمه فـيه ظاهرًا وباطنًا، وكل موضع لا ولاية له فى ابتداء فعله لم ينفذ حكمه إلا فى الظاهر دون الباطن قالوا فالأول مـثل ما قدمناه فى ادعاء الزوجية والطلاق وإنما نفـذ حكمه فى الظاهر والبـاطن لأن للحاكم ولاية عقـد النكاح وفى أن

(١) قال الشـيخ المرغينانى: وكل شىء قضى بـه القاضى فى الظاهر بتحـريم فهو فى البـاطن كذلك وكذا إذا قضى بإحلال وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١١٩)، وخالفه فى هذه المسـألة أبو يوسف ومحمد وقالا: لا ينفـذ باطنًا. وروى عن أبى حنيفة: أنه لا ينفذ فيهما. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١١٦, ١١٧).

(٢) ثبت فى (أ) الحاكم.

يطلق على غيره، ومثال الثانى ادعاد زوجية ذوات المحارم وادعاء مال لأن الحاكم لا ولاية له فى تزويج ذوات المحارم[١] ولا فى نقل الأموال وكذلك لو ادعى رجل على أنه قتل وليًا له وأقام شاهدى زور فحكم الحاكم بالقود لم يكن للمحكوم له أن يقتل لأن الحاكم ليس له أن يبتدئ القتل.

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿**والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم**﴾ [النساء: ٢٤] فحرم المحصنة وهى التى لها زوج إلا أن يملك الكوافر[٢] بالسبى، وعند المخالف أن التى لها زوج تحل متى حكم الحاكم بشهادة زور أنها قد طلقت أو أن يقيم شهادة زور بتزويجه إياها، وقوله عز وجل: ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله**﴾ [البقرة: ٢٣٠] فعم، وعندهم أنها لا تحل[٣] له أن يراجع نكاحها وإن لم يطلقها إذا حكم[٤] الحاكم بشهادة زور أنه طلقها، وقوله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلىَّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أستمع فمن قضيت له بشىء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»[٥]، وهذا صريح[٦] بأن حكمه بها ليس بجائز للمحكوم له ولا يحل له بسبب غير صحيح فى الباطن فلم ينفذ الحكم له فى الباطن، كادعاء زوجية ذوات المحارم والحكم بالمال، ولأنه حكم بشهادة زور فلم ينفذ فى الباطن كالمال، ولأن كل شاهدين لو علم الحاكم بحالهما لم [يجز له الحكم بشهادتهما فإذا حكم فيها مع الجهل بحالهما لم ينفذ][٧] حكمه فى الباطن كالكافرين والعبدين.

---

(١) ثبت فى (أ) ذوات المحرم.

(٢) ثبت فى (أ) كالكوافر.

(٣) ثبت فى(ب) أنها تحل.

(٤) ثبت فى (ب) إذا شهد.

(٥) أخرجه البخارى فى المظالم (٥/١٢٨) ح (٢٤٥٨)، ومسلم فى الأقضية (٣/١٣٣٧) ح (٤/١٧١٣).

(٦) ثبت فى (ب) تصريح.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

العدالة معتبرة فى الشهادة[١] وشرط فى قبولها والحكم بها، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] وقوله ﷺ: «فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا»[٢]، وللاتفاق على أن شهادة الفاسق غير مقبولة، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: «ألا أن يجلد هلال بن أمية ويبطل شهادته فى المسلمين»[٣] يريد بخروجه عن العدالة بثبوت قذفه، ولا خلاف فى ذلك[٤].

فصل

لا يجوز للحاكم أن يكتفى من العدالة بظاهر الإسلام دون البحث عن حالها والسؤال عن طرائقها والعلم بعدالتهما، وقال أبو حنيفة يكفيه ظاهر إسلامها ويحكم بشهادتهما ولا يلزمه البحث عن عدالتهما إلا أن يجرحهما الخصم[٥]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] يعنى من المسلمين فعلم أن العدالة معنى زائد على العلم بالإسلام، وقوله ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله[٦] ولا يكفى فى ذلك العلم بصحة اعتقاده لأن [أفعاله قد تكون مخالفة لما يوجب اعتقاده][٧]، وروى عن عمر رضى الله عنه أن رجلين شهدا

---

(١) الشهادة فى اللغة: خبر قاطع وقد شهد كعلم وشهده كسمعه شهودًا حضره فهو شاهد والجمع شُهود وشُهَّدٌ وشَهِدَ لزيد بكذا أدى ما عنده من الشهادة. انظر القاموس المحيط (١/ ٣٠٥).
وفى الاصطلاح هو: قَول هُوَ بحيث يُوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عُدِّل قائله مع تعدده أو حلف طالبه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٨٢).
وقال الشيخ أحمد الدردير: الشهادة إخبار حاكم عن علم ليقضى بمقتضاه. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٦٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٧٤)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٣).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١٣١). وقال أبو يوسف ومحمد: يسأل عنهم فى جميع الحقوق سرًا وعلانية. انظر لاختيار للموصلى (٢/ ١٩٠).

(٦) ثبت فى (أ) عن ذلك.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

عنده فقال: لا أعرفكما ولا يضركما ألا أعرفكما جيئانى برجل يعرفكما فجاءاه برجل فقال أتعرفهما قال: نعم، قال: أكنت معهما فى السفر الذى يكشف أخلاق الناس قال: لا، قال: أفأنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما، قال: لا، قال: أعاملتهما بالدنانير والدراهم التى تتقطع بهما الأرحام، قال: لا، قال يا ابن أخى ما تعرفهما جيئانى بمن يعرفكما[١]، وهذا قوله بحضرة المهاجرين والأنصار والصحابة ولم ينقل عن أحد خلافه، ولأن العدالة أمر مشروط فى الشهادة يمكن اعتبار باطنه فلم يجز أن يحكم بظاهره، أصله دار الإسلام لأن ظاهر الدار الإسلام، ولأنها شهادة يتعلق بها حكم الحاكم فلا يكتفى فيها بظاهر الإسلام، أصله إذا كان فى قتل أو حد.

فصل

صفة العدل الجائز الشهادة: أن يكون بالغًا عاقلاً حراً مسلمًا ثقة أمينًا غير فاسق بفجور ولا كذب متيقظًا غير غافل فطنًا ضابطًا عارفًا بالشهادات وصفة تحملها التى يجوز معها إقامتها متحرزًا من الحيل التى تنم على من قل تيقظه[٢] من الشهود بعيدًا عن التهمة بالشره ودناءة النفس، حافظًا لمروءته ليس بينه وبين المشهود له أو عليه التهمة معه من محبة إيصال نفع إليه أو دفع ضرر عنه أو ضد ذلك من إلحاق ضرر به ولا فى الشهادة بذلك النوع المشهود فيه ما يوجب من التهمة ما قدمناه.

والتهمة المراعاة فى الشهادات تكون فى ثلاثة مواضع: فى المشهود له والمشهود عليه والشىء المشهود به، وتفصيل هذه الجملة: أن الولد لا تقبل شهادته لوالديه ولا لأجداده وجداته من قرب منهم أو بعد وكذلك الوالدان والأجداد للولد وولد الولد وإن سفلوا ذكورهم وإناثهم الوارث منهم وغير الوارث، وكذلك شهادة أحد الزوجين لصاحبه، والسيد لعبده، وشهادة من له دين على مفلس بحق له على آخر، وشهادة الوصى لمن يلى عليه، وفى شهادته عليهم روايتان: إحداهما الجواز والأخرى المنع، ومن عدا الوالدين والمولودين من سائر القربات جائز شهادتهم لأقاربهم كالأخ والعم [وولدهم][٣] إلا أن تعرض تهمة من دفع عار أو إثبات ولاء للشاهد أو نسب أو أن يكون فى عياله أو تناله صلته أو معروفه وما أشبه فيمنع فيه دون سائر الحقوق.

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٣٣٣) ح (٢٠٨٣٠).
(٢) ثبت فى (أ) تحفظه.
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

ولا تقبل شهادة الصديق الملاطف ولا السؤّال المتكففين للناس.

وأما التهمة فى المشهود عليه فشهادة العدو على عدوه، والشهادة بجرح من شهد على أبيه[١] وأخيه أو ببعض من لا تجوز له شهادته كجد فإن هذا يتهم بدفع العار عنهم بشهادته. وشهادة الخصم لا تقبل، مثل أن يشهد بجرح من يشهد عليه بزنا أو قتل أو حق سائر الحقوق، وكل من منع الشهادة له فشهادته عليه جائزة مقبولة[٢] وكل من لم تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة.

وأما التهمة فى الشهادة والشىء المشهود به فمثل شهادة البدوى على الحضرى[٣] فى الحقوق الممكن الإشهاد عليها فى الحضر دون القتل والجراح ومما لا يمكن تعمد الإشهاد عليه ومثل شهادة ولد الزنا وشبهه، وفى شهادة التائب من كبيرة كان عليها أو تاب منها خلاف بين أصحابنا هل يقبل فى ذلك النوع أم لا، ومثل شهادة الكافر بعد إسلامه والصبى بعد بلوغه والفاسق بعد عدالته والعبد بعد عتقه فيما كانوا يشهدون به فردت شهادتهم فيه [لأنهم يتهمون على دفع العار عنهم بقبول ما ردت شهادتهم فيه][٤].

وإذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وما لا تهمة فيه ردت فى الجميع ولم تقبل فيما لا تهمة فيه، وإن جمعت بين ما ترد لغيره التهمة وبين ما لا ترد فيه قبلت فيما لا ترد وردت فيما لا تقبل فيه، ومثال الأول: أن يشهد بشهادة لنفسه ولأجنبى، أو يشهد اثنان كل واحد منهما لصاحبه بكتاب واحد أو يشهد بحق واحد لأبيه[٥] ولأجنبى فلا تقبل فى الجميع، وإذا شهد بالوصية له فيها شىء فإن كان ذا بال لم تقبل أصلاً وإن كان يسيراً لا خطب له ولا تسبق التهمة إليه أن يكون شهد لأجلها فيها ثلاث روايات:

إحداها قبول الشهادة فى الجميع[٦]، والأخرى ردها فى الجميع[٧] والثالثة ردها فيما له

---

(١) ثبت فى (ب) ابنه.

(٢) ثبت فى (ب) غير مقبولة.

(٣) ثبت فى (أ) القروى.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) لابنه.

(٦) ذكره ابن عبد البر قولاً ثانيًا. وقال: إنها جائزة فى الوصية كلها إذا كان ما أُوصى له به فيها يسيراً. واقتصر الشيخ الدردير على هذا القول. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٩٤)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ١٧٨).

(٧) ذكره ابن عبد البر وقدمه وقال: شهادته فيها باطلة كلها شهد معه غيره أم لا. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٩٤).

بال وقبولها فيما ليس له بال[١]، ومثال الثانى أن يشهد النساء بوصية فيها مال وعتق أو يشهدان بطلاق ودين بشهادة واحدة فيقبلن فى الدين دون الطلاق وتقبل شهادة القاذف ما لم يجلد فإذا [جلد لم تقبل إلا أن يتوب وإذا تاب شاهد الزور وعرفت توبته قبلت شهادته][٢]، وقال عبد الملك إن كانت حاله فى الظاهر كحال مالك بن أنس والعمرى فلا تقبل شهادته من بعد لأنه لا يستطيع زيادة على ما كان يظهر منه، وإن كان دونهما جازت شهادته بعد توبته إذا ظهر منه من حسن الحال زيادة على ما كان يعرف منه.

فصل

أما اشتراط البلوغ فلأن العدالة من صفات التكليف فهى تتضمن البلوغ، وقد قال النبى ﷺ: [«رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم»][٣]، والبلوغ مشترط فى كل الشهادات إلا فى موضع ضرورة خرج عن القياس فأجريت كشهادة من يعقل الشهادة من الصبيان فيه للضرورة[٤] على أوصاف نذكرها، ومنعت فى كل موضع سواه فلا يجب أن يعترض به على الأصل ونحن نبينه.

فصل

شهادة الصبيان تقبل فى الجراح والقتل على شروط تسعة[٥]:

أحدها: أن يكونوا ممن يعقلون الشهادة.

والثانى: أن يكونوا ذكوراً.

والثالث: أن يكونوا أحراراً.

والرابع: أن يكونوا مسلمين.

والخامس: أن يكون ذلك فى قتل أو جرح، وبعض أصحابنا يقول تكون فى الجراح

---

(١) ذكره ابن عبد البر. وقال: الثالث: أنها جائزة لغيره باطلة لحظ نفسه. ثم قال ابن عبد البر (هذا القول له حظ صحيح من النظر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٩٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٦٥).

(٥) انظر الموطأ (٢/ ٧٢٦)، انظر المدونة (٤/ ٨٠)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٠٨)، انظر الثمر الدانى (ص٦١١).

دون القتل.

والسادس: أن يكون ذلك فيما بينهم خاصة لا لصبى على بالغ ولا لبالغ على صبى.

والسابع: أن يكون ذلك قبل أن يفترقوا ويغيبوا.

والثامن: أن تتفق شهادتهم ولا تختل.

والتاسع: أن يكون من شهد منهم اثنان فصاعداً.

وعند أبى حنيفة[١] والشافعى: لا تقبل على وجه[٢] ونحن نتكلم على جواز قبولها فى الجملة ثم ندل على وجوب اعتبار ما ذكرناه من الشروط فيها.

فصل

ودليلنا على قبولها على الصفة المشترطة فيها أن ذلك إجماع الصحابه لأنه مروى عن على وابن الزبير ومعاوية رضى الله عنهم ولا مخالف لهم، وروى أن عليًا رضوان الله عليه كان يأخذ بأولى شهادة الصبيان، وروى مالك [عن هشام][٣] بن عروة عن أبيه أن ابن الزبير كان يجيز شهادة الصبيان فيما بينهم فى الجراح[٤]، وروى قتادة أن معاوية كان يجيز شهادة بعضهم على بعض ما لم يدخلوا البيوت فيعلموا[٥]، ولا مخالف لهم ولأن الضرورة تدعوا إلى قبولها لأنا لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى أمور ممنوعة وذلك أنا قد ندبنا إلى تدريبهم[٦] على الحرب وتعليمهم الرمى والصراع واستعمال السلاح للحاجة إلى الجهاد وأن ذلك مما يجب أن يلزموا[٧] عليه وبالقوة من الصغر لينشأوا عليه ويألفوه ومعلوم أنه لابد أن يخلو بنفوسهم لما يتعاطونه[٨] من ذلك ولا سيما العرب فإن ذلك لها

---

(١) ذكره الشيخ منلاخسروا. انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٣٧١)، انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٤٥٠).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى، انظر المهذب (٢/ ٣٢٤)، انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٢٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٢٦) ح (٩).

(٥) أورده الشيخ ابن حزم فى المحلى (١٠/ ٦١٤).

(٦) ثبت فى (أ،هـ) تضر بهم.

(٧) ثبت فى (أ) يضربوا. وفى (هـ) أن يترابوا.

(٨) ثبت فى (أ) يتعاوضونه.

مع أولادها عادة قد طبعوا عليها ولو انتظر إلى أن يشهدوا[١] أمورهم كبيراً يكون معهم لضاق عليهم لأنه لهم عادة فى كل وقت ركوب الخيل وما جرى مجراه وهم من الجنس المحقون دماهم وكانت الجراح والدماء قد غلظ أمرها وشدد الأمر فى حفظها بما زادت[٢] على سائر الحقوق فقبلت فيها الأيمان مع اللوث وليس ذلك فى غيرها حياطة لها ومعلوم أنهم إذا اجتمعوا جاز أن يكون بينهم الجراح التى ربما أدت إلى القتال أو إلى ما دونه فلو لم تقبل شهادتهم لأدى إلى أشياء ممنوعة: إما إلى أن لا يجوز لهم التعليم إلى أن يبلغوا وذلك خلاف الإجماع، أو إلى ألا يمكنوا من الرمى ولا علاج بسيف أو رمح إلا إذا كان معهم شهود عدول وهذا أيضًا متعذر ومؤدى إلى أن يتعلموا إلى أن لا يفعلوا من ذلك ما يؤدى[٣] جراح فهذا أيضًا غير منضبط ولا متأت لهم أو إلى أن ذلك إن جرى أهدرت جراحهم ودماؤهم وهذا أيضًا خلاف الواجب لأنه لا يجوز لنا أن نبيح لهم[٤] ما يؤدى إلى هدر دمائهم وإضاعتها فلم يبق إلا ما قلناه وقد ألزمونا على هذا قبول شهادة العبيد وقد احترزنا منهم بأنهم يجب أن يكونوا من أهل الشهادة بعد البلوغ، وألزمونا اجتماع النساء فى الصنيع إذا جرى بينهم من الجراح فأجبنا على ذلك قل ما يقع وما يفعلونه[٥] من ذلك منهى عنه، والتزمه[٦] قوم من متأخرى أصحابنا، وألزمونا المال فأجبنا عنه بأن الدماء لها حرمة فاحتيط لها ما لم يحتط لغيرها.

فصل

فإذا ثبت وجوب قبولها فى الجملة فإنما راعينا اعتبار العقل لأن الغرض من قبول شهادتهم[٧] أن يؤدوا إلينا[٨] ما علموا من الحال الحادثة[٩] التى يشهدون بها وذلك لا يتأتى إلا من العاقل فكان شرطًا معتبراً فيها.

(١) ثبت فى (أ) أن تواسطوا.
(٢) ثبت فى (ب) زيدت.
(٣) ثبت فى (ب) ما لا يؤدى.
(٤) ثبت فى (أ) نبيحهم.
(٥) ثبت فى (ب) وما تعلق.
(٦) ثبت فى (أ) والزمه.
(٧) ثبت فى (ب) الشهادة.
(٨) ثبت فى (أ) النساء.
(٩) ثبت فى (أ) الجارية.

فصل

وإنما شرطنـا الذكورية لأن الإناث لا مدخـل لهن فى إثبات الدمـاء، وقد روى عن مالك جواز قـبول شهادة الإناث الأحرار، ووجـه ذلك: اعتبارهن بالبالغـين فى كونها لوثًا فى القسامة على إحدى الروايتين.

فصل

وإنما شرطنا الأحرار لأن العـبيد لا مدخل بجنسهم فى الشهـادة أصلاً ولا يلطخ بها فى دم.

فصل

وإنما شرطنا الإسلام لأن البالغين من الكفار لا تقبل شهادتهم فالأصاغر أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يـكون ذلك فى جرح أو قتل لحـرمة الدماء ووجـوب حفظهـا وعدم الضرورة فى ذلك إلى غيرها، ووجه قول من يفـرق بين الجراح والقتل من أصحابنا أن القتل أغلظ أمرًا من الجراح بدليل أن القـسامة فيه دون الجراح وشهادة الصبيـان ضعيفة فوجب قصرها على أضعف الأمرين، والصحـيح التسوية بينهما لأنها ليس الواجب بها قتل وإنما الواجب بها مال فلا معنى للتفريق بينهما.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك قبل التفرق لأن الغالب من حالهم أن يخبرون بالصدق إذا بدهوا ويؤدون الأمر على ما جرى عليه وأنهم إذا تفـرقوا غيبوا ولقنوا وتعلموا الكذب، وقد روى هذا المعنى عمن أجاز شهادتهم من الصحابة.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون مـا يؤدونه متفـقًا لأن الغرض من قبـول قولهم أن يغلب على الظن صدقـهم فيمـا يخبرون بمـوضع اختلاف أقـوالهم وتناقضهـا مما يغلب على الظن كذبهم وتعلمهم وإخبارهم عن الأمر بخلاف ما هو عليه فلم يقبل.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون عـددهم اثنين لأن شهادة واحد غيـر مقبولة فى البـالغين ففى الأصاغر أولى، فإذا ثبت ما ذكرناه عدنا إلى تفصيل أصل المسألة.

فصل

وإنما شرطنا العقل لقوله تعالى: **﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾** [يوسف:٨١]، وقوله **﴿ممن ترضون من الشهداء﴾** [البقرة:٢٨٢] والمجنون غيـر مرضى ولاعلم له بما شهـد به وقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: فذكر المجنون»[١] وذلك يفيد أنه لا حكم لقوله ولا خلاف فى ذلك[٢].

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك فيما بينهم لأن الكبيـر لا ضرورة به إلى مخالطة الصبيان فكان قولهم يسقط مع مـشاهدة الكبار، ولأن القياس يمنع قبول شـهادتهم وإنما أجيزت للضرورة فيجب قصرها على قدر ما دل عليه الدليل.

فصل

وإنما شرطنا الحرية، خلافًا لداود فى قـوله أن شهادة العبد مقبولة لسـيده ولغيره[٣]، لقوله تعالى: **﴿وأشهـدوا ذوى عدل منكم﴾** [الطلاق:٢] وهذه الإضافة تفـيد الحرية دون الإسلام لأن غـير المسلم ليس بعـدل، ولأنه نوع نقص يمنع الميراث بيـنه وبين الأحرار فوجب أن يمنع قبول الشهادة كالكفر، ولأن الشـهادة مبنية على التفاضل والكمال وكل ما هذه سبيله فلا مدخل للعبد فيه كالرجم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن لا شهـادة للمجنون فى حال جنونه. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٢٧).

(٣) وهو رواية عند أحـمد وروى ذلك عن على رضـى الله عنه وأنس رضى الله عنه وبه قال عـروة وشريـح وإياس وابن سيـرين والبتى وأبو ثور وابن المنـذر. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٧٠)، انظر حلية العلماء للشاشى (٣/ ١١٩٣).

فصل

وإنما شرطنا الإسلام خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن شهادة الكفار مقبولة على أهل ملتهم وعن سائر أنواع الكفر[١]، لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ ولا تخلو هذه الإضافة أن تكون إلى الدين أو الحرية أو النسب وأى ذلك فالكافر لا مدخل له فيه والنسب غير معتبر باتفاق، ولأن كل من لا تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم كالفاسق الملى، ولأنه فاسق بفعله كالملى[٢]، ولأن فسق المسلم أدون منه وشهادته غير مقبولة فشهادة الكافر أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ثقة لأن ذلك من صفات العدالة لأن الكذاب والخائن فاسقان غير عدلين ولا مرضيين فلم يجز قبول شهادتهما.

فصل

وإنما شرطنا الأمانة لأن ضدها الخيانة وذلك فسوق[٣] والخائن غير عدل ولا مرضى وإنما شرطنا نفى الفجور والكذب لأن ذلك من ضروب الفسق الذى هى أبلغ ما يفسق به الفاسق ولا خلاف فى ذلك[٤].

فصل

وإنما شرطنا الضبط والفطنة والتحرز لأنه ما لم يكن كذلك تمت عليه حيلة الخصم فلا يؤمن أن يشهد بالزور والكذب فإذا كان متحرزًا متيقظًا[٥] أمن عليه ذلك وأدى الشهادة سليمة مما يخاف عليه من الزلة فيها، ولذلك أصل فى الشهادات وهو جعل امرأتين بإزاء شهادة[٦] واحد من الرجال لأن الغالب من شأن النساء السهو وقلة التحصيل

---

(١) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية للمرغينانى (٣/١٣٧) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٠٠).
(٢) ثبت فى (ب) الولى.
(٣) ثبت فى (ب) فسق.
(٤) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٢٩).
(٥) ثبت فى (أ) متنقظًا.
(٦) ثبت فى (ب) شاهد.

ولذلك قال ﷺ: «إنكن ناقصات عقل ودين»[1]، وذكر فى نقصان العقل أن شهادة امرأتين مقام شهادة رجل فيتم عليها حيلة لا يؤمن معها أن تؤدى الشهادة على خلاف ما هى عليه فضممنا إليها أخرى لأن ذلك يبعد عن الجماعة ويؤمن فيها غالبًا وكل هذا يدل على وجوب ما رعيناه فى الشهود.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون عارفًا بالشهادات ووجه تحملها لأنه متى لم يكن كذلك لم يكن مرضيًا وقد شرط الله تعالى الرضا فى قبول الشهادة والجاهل ليس بمرضى، وليس يكفى فى ذلك أن يكون من أهل الدين دون أن يضاف إليه العلم لما يشهد به ومعرفة أداء الشهادات ولأنه إذا كان غير عارف بكيفية تحملها لم يؤمن أن يؤديها على الوجه الممنوع قبولها معه فلم يجز.

فصل

وإنما شرطنا بعده عن الشره ودناءة النفس[2] لأنه إذا كان معروفًا بذلك سقطت مروءته وسبقت الظنة إليه وتسرع إليه التهم أنه إنما يشهد لشىء يعطى له وذلك قادح فى العدالة والدين مزيع[3] الصدق والأمانة فوجب حسم الباب بانتفائه عن الشاهد.

فصل

وإنما شرطنا الحفظ للمروءة لأن من لا يحفظ مروءته ويراعيها ليس بمرضى، ولأنه إذا أهملها دل ذلك منه على إهماله دينه وقلة مراعاة ما يلزمه من حق الله ، وسبقت الظنة إليه وقدح ذلك فى عدالته، وإنما شرطنا نفى التهمة فى الجملة لقوله ﷺ : «لا تقبل شهادة خصم ، ولا ظنين[4] ، ولا جار لنفسه»[5]، وروى : «لا تقبل شهادة ذى

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) والدناءة.

(٣) ثبت فى (أ) مؤمن وفى (ب) موقع.

(٤) قال الشيخ الآبى: الظنين هو المتهم فى دينه بارتكاب أمر لا يجوز شرعًا. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٨).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٢٠) ح (٤)، والبيهقى فى الكبرى (١٠/ ٣٣٩) ح (٢٠٨٦٠)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال هو حديث منقطع. انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٢٣).

ظنة»[١]، ولأن ذلك لو جاز[٢] لقبلت شهادة الإنسان لنفسه [illegible] ج إلى غيره فإذا كان غيره يتهم له جرى مجرى شهادته لنفسه.

فصل

ونتكلم على التفصيل لهذه الجملة على ما قدمناه، وإنما منعنا من قبول شهادة الولد لوالديه وشهادتهما له خلافًا لداود وغيره في إجازته ذلك[٣] لقوله ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٤] والظنة موجوده هاهنا لأنه معلوم بالطبائع[٥] أن الابن يحب نفع أبيه والأب يحب إيصال المنفعة إلى ابنه ورفع الضرر عنه ويؤثر ذلك على منفعة نفسه فضلاً من غيره فربما دعاه ذلك إلى أن يشهد له في الزور ويركب كل محظور في تخليصه من ضرر يقع فيه أو إيصال نفع إليه، [وقد قال تعالى: ﴿وأصلح لي في ذريتي﴾ [الأحقاف: ١٥]][٦] وقد قال ﷺ: «فاطمة بضعة مني يريبني ما يريبها»[٧].

فصل

وإنما أجرينا سائر الوالدين والمولودين من بعد منهم مجرى من قرب للاتفاق على ألا فرق بينهما في ذلك لأن عمود الولادة يجمعهم، ولأن التهمة قائمة في الجنس لا تخصص ببعض منه وإن كانت في الأقرب[٨] أكثر.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٣٣٩) ح (٢٠٨٥٨)، والحاكم في المستدرك (٤/٩٩). وقال: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي.

(٢) ثبت في (أ) لوكان.

(٣) روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروى ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر. وحكاه ابن القاضي عن الشافعي في القديم. وروى عن أحمد بن حنبل أنه تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له. انظر المغني لموفق الدين (١٢/ ٦٥)، انظر حلية العلماء للشاشي (٣/ ١١٩٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت في (ب) بالطباع.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) أخرجه البخاري في فضائل الصحابة (٧/ ٩٧) ح (٣٧١٤)، ومسلم في فضائل الصحابة (٤/ ١٩٠٢) ح (٩٣/ ٢٤٤٩).

(٨) ثبت في (ب) الأقارب.

فصل

وإنما منعنا [من قبول][١] شهادة أحد الزوجين للآخـر خلافًا للشافعى[٢] لقوله ﷺ: «لا تقبل شهـادة خصم ولا ظنين»[٣] والظنين المتهم والتـهمة حـاصلة بين الزوجين فى غالب الطباع ودليل ذلك الشرع والعادة، أمـا الشرع فقوله تعالى: ﴿**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لـتسكنوا إليهـا وجعل بينكم مودة ورحـمة**﴾ [الروم: ٢١] فأخبر تبارك وتعـالى أن الزوجية سبب لسكون نفس كل واحـد منهما إلى الآخر وأنه طـبعهم على التحابب[٤] والتودد والحنو[٥] والرأفة[٦] ونبه على تأكيد ذلك بقوله: ﴿**خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسـكنوا إليها**﴾ [الروم: ١٤] وقوله: ﴿**إن من أزواجكم وأولادكم عـدواً لكم**﴾ [التغابن: ٢١] فجعل هذين الجنسـين غاية ومثلاً يستطرف وقوع العـداوة من مثلهما لأنهما الغاية فى المحبة والعطف التى لا زيادة فوقها فدل ذلك على قوة التهمة وتأكدها، وأما العادة فالعلم بأن الإنسان يحب نفع زوجته ويهوى هواها[٧] ويكره ضررها حتى أنه يغضب لها أهـله وأقاربه وينتفع بمالها ويتـبسط فيه ويتجـمل به وأنه ينتهى فى محبـتها والميل إليها إلى حد تقوى معه التهمـة، وإذا صح ذلك كانت هذه التهمة مانعة من قبول شهـادة أحدهما للآخر كـالأب والابن ونحوه قيـاسًا فنقول لأنها شـهادة تقوى التهـمة وأسبابها من الشاهد والمشهود له فكانت مردودة، أصله شهادة الأب لابنه، ولأنها شهادة يجر بها الشاهد نفعًا إلى نفسه فلم تقبل كشهادته لنفسه ولغريمه.

فصل

وأما شهادة السيد لعبده فإنها أدخل فى المنـع من جميع ما ذكرناه، لأن التهمة قائمة

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢/ ٣٣٠). وقال الإمام النووى: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر وقيل: قطعًا وفى قول: لا تقـبل. وفى قول: شهادة الزوج لها دون عكسه. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٣٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب) التجبب.

(٥) ثبت فى (ب) الحنة.

(٦) ثبت فى (ب) الرفة.

(٧) ثبت فى (أ) يهواها.

فيها إن شهد فيها بغير مال على مثل تزويج أو رجعة أو ما أشبه ذلك، وإن شهد بمال كانت شهادته لنفسه لأنه يملك عبده وماله.

فصل

فأما شهادة الغريم لغريمة المفلس فلأنه متهم فيه أيضًا أن يكون إنما شهد له أن يصل المال إليه فيكون كأنه شهد لنفسه فلم يقبل، ولأنه خصم وقد قال ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[١].

فصل

وإنما منعنا شهادة الوصى لمن يلى عليه[٢] لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا وهو جواز تصرفه فى المال وكونه فى قبضه لحق ولايته، ووجه قوله إن شهادته عليهم تقبل لانتفاء التهمة عنهم فيها بخلاف الشهادة لهم لأنه يخرج عن يده ما لا يقطع حق ولايته فيه، ولأن كل من لم تقبل شهادة إنسان له قبلت عليه كالأب والابن، ووجه قوله إنها لا تقبل اعتبارًا بالشهادة لهم لأنها شهادة فى حق لوليه[٣] بولاية لأن التهمة قائمة فى الموضعين لأنهم[٤] يخرج عنهم مالاً بقوله ولزمه بحق الولاية حفظه.

فصل

وإنما أجزنا شهادة سائر القرابة عدا من ذكرنا لأن التهمة تضعف فيها ولا تقوى قوتها فى الولادة والزوجية وإنما منعناها إذا كان فى عيال من يشهد له لأن التهمة تقوى فيها فيمتنع قبولها، وكذلك فى دفع العار مثل أن يقذف أخوه رجلاً ويشهد هو وثلاثة على المقذوف بأنه زنى فلا يقبل لأنه بشهادته يدفع العار عن أخيه لأن عاره ينجر إليه، وكذلك لو قذف أخاه رجل وأتى بأربعة شهداء أنه زنى ثم شهد هذا الأخ بجرحهم[٥] [فلا يقبل لأنه متهم بالجرح][٦] أن يريد دفع العار عن أخيه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٩٤)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٧٨).

(٣) ثبت فى (ا) تولية.

(٤) ثبت فى (ب) لأنه.

(٥) ثبت فى (ب) بالجرح.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وإنما منعنا قبول شهادة الصديق الملاطف إذا كانت تناله الصله والمعروف خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[١] لقوة التهمة لأنه معلوم أنه من بينه وبين غيره صداقة ومودة فإنه يبره ويصله وأنه يحب جر النفع إليه ودفع الضرر عنه فردت شهادته له وعلى نحو من ذلك شهادة السؤَّال بل الرد[٢] فيهم أولى لأن الصدقة قد يكون معها البر وقد لا يكون والسؤَّال أمرهم مبنى على التماس البر من أدنى وجوهه.

فصل

ولمثل ذلك منعنا شهادة العدو على عدوه خلافًا لأبى حنيفة[٣] لأن الطباع تقضى أن العدو يحب ضرر عدوه وإذايته ويتهم بإدخال الضرر عليه بشهادته عليه فمنعناها لأجل ذلك كما منعناه فى الصديق لقضائها بضد ما تقضى به فى العدو والتهمة قائمة فى الموضعين.

وتحريره أن يقال بأن بينهما تهمة غالبة فى الطباع فكانت مؤثرة فى رد الشهادة كالتهمة بين الأب والابن على أن نص الخبر شاهد لنا وهو قوله ﷺ «لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى غمر على أخيه»[٤].

فصل

وإنما منعنا قبول شهادته لجرح من شهد عليه بحق أو حد لأنه خصم فى ذلك وقد قال ﷺ «لا تقبل شهادة خصم»[٥].

---

(١) ذكره الشيخ زكريا الأنصارى. انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٣٨٤)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٣٥)، حلية العلماء للشاشى (٣/ ١١٩٦).

(٢) ثبت فى (أ) البر.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: ولا تقبل شهادة العدو إن كانت العداوة بسبب الدنيا وتقبل إن كانت بسبب الدين. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٩٩)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٣٧٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا من منع شهادته [له قبلت عليه، ومن منع شهادته عليه قبلت له][١] لأن التهمة توجد في أحد الموضعين وتنتفي من الآخر فحيث توجد منعناها وحيث تنتفي نجيزها لأنها هي العلة المؤثرة.

فصل

وإنما منعنا شهادة البدوي على القروي في الحقوق التي يمكن التوثق فيها بإشهاد الحاضر[٢] خلافًا لأبي حنيفة والشافعي[٣]، لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة بدوي على قروي»[٤] وروي «على صاحب قرية»[٥] ولأن التهمة تقوى في هذه الشهادة لأن الناس لا يتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلدهم ويستشهدون بالأباعد وأهل البدو[٦] إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من الحضر لا يشهدون في ذلك فيعدلون إلى من لا يعرفه، ولذلك قلنا إنها تقبل في الجراح وفيما يتفق من الحقوق في البادية التي يخاف فواتها والتجاحد إن وقف عليها إلى الحصول في الحضر لانتفاء التهمة فيها.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة ولد الزنا لا تقبل في الزنا خلافًا لأبي حنيفة[٧] والشافعي[٨]، لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٩] والظنة هاهنا موجودة لأنه يحب أن

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت في (أ) الحاضرة.

(٣) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، وذكره الشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي. انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٧٩).

(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية (٣/ ٣٠٥) ح (٣٦٠٢)، وابن ماجه في الأحكام (٢/ ٧٩٣) ح (٢٣٦٧)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٤٢٢) ح (٢١١٨٢)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت في (ب) البلد.

(٧) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (٣/ ١٣٨)، انظر الاختيار للموصلي (٢/ ٢٠١)، الفتاوى الهندية (٣/ ٤٦٩).

(٨) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، انظر حلية العلماء (٣/ ١١٩٤).

(٩) تقدم تخريجه.

يكون غيره مشاركًا له المعرة، والعادة تقضى بذلك لأن كل معرور بأمر لا يفارقه يحب أن يكون غيره مثله[١] ولو أمكنه لا يبقى أحد إلا يكون مثل حاله لأحب ذلك لئلا ينفرد بالعار فيكون فى مشاركة غيره له سلوة وقد نبه الله تعالى على هذا المعنى بقوله: ﴿**ولن ينفعكم اليوم إذ ظلمتم أنكم فى العذاب مشتركون**﴾ [الزخرف:٣٩] معناه لما كنتم تعتقدون فى الدنيا من المشاركة فى الشدة يحدث معها السلوة لمن هو فيها غير خالصة[٢] لكم، ونحو ذلك روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين[٣]، فأخبر أن ذلك طبع فى الناس أن المعرور يحب أن يشاركه كل واحد فى معرته ليقل من يعيره بذلك وإذا صح قوة التهمة فى هذه الشهادة بما ذكرناه وجب ردها.

فصل

وأما من كان على كبيرة مثل الزنا وشرب الخمر[٤] وغيره فتاب منها، فوجه القول أن شهادته لا تقبل فى مثل ذلك الشىء اعتباره بمسألتنا بعلة أنه معنى يلحق به العار فاتهم بمشاركة غيره له فى المعرة، ووجه القول بأنها تقبل أن معرة هذه الأشياء تزول بالتوبة منها كالكافر يسلم ويفارق ولد الزنا لأن معرته لا تزول فالتهمة لا تفارقه.

فصل

وإنما قلنا فى الفاسق والكافر والصبى والعبد: إنهم إذا شهدوا بشهادة فردت ثم شهدوا بها بعد زوال العلل المانعة من قبول شهادتهم أنها لا تقبل خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى[٦] فيما عدا الفاسق للتهمة منهم أن يكونوا إنما شهدوا بها ليزول عنهم العار[٧]

---

(١) ثبت فى (ب) مشاركًا له.

(٢) ثبت فى (أ) خاصلة.

(٣) ذكره ابن قدامة فى المغنى، وقال: قال ابن المنذر ما احتجوا به غلط من وجوه: منها أننى لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتًا عنه وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتًا عنه وغير جائز أن يطلق عثمان كلامًا بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٧٣).

(٤) ثبت فى (ب) والشرب.

(٥) قال الشيخ الموصلى: والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا وقت التحمل لأن العمل بها والإلزام حالة الأداء فتعتبر الأهلية والولاية عنده. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٠١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٦/ ٢٧٠)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٥).

(٦) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٣٨).

(٧) ثبت فى (ب) العادة.

بردها، واعتباراً بالفاسق لأنهم موصوفون بنقص ينافى العدالة فوجب إذا شهدوا حال وجود هذا النقص ثم زال أنهم إذا أعادوها لا تقبل كالفاسق.

فصل

وإنما فرقنا بين أن تجمع الشهادة ما فيه التهمة وبين ما لا تهمة فيه أنه يرد الجميع وبين أن تجمع أنواعها تقبل شهادة ذلك[١] فى بعضها ولا تقبل فى البعض فقبلناها فيما تقبل فيه لأن فى المسألة الأولى تقوى التهمة أن يكون إنما شهد بما لا يتهم فيه ليقبل فيما يتهم فيه وذلك كما يشهد لابنه ولأجنبى بحق فإنما شهد للأجنبى لأنها إذا قبلت فى حقه قبلت فى حق ابنه فردت فى الجميع، وفى المسألة الأخرى لا تهمة فيه فوجب قبولها.

فصل

والصحيح من الروايات فيمن شهد فى وصية[٢] له فيها شىء ألا تقبل شهادته لا فى حقه ولا فى حق غيره لأن مع التهمة لا تتبعض الشهادة على ما ذكرناه.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة القاذف تقبل ما لم يجلد لأنه على العدالة لا يثبت فسقه إلا بأن يثبت عليه البينة فيجلد، فإذا جلد ثبت فسقه فلم تقبل شهادته لقوله عز وجل: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾** [النور:٤] وإنما أجزنا شهادته بعد التوبة خلافاً لأبى حنيفة[٣] لقوله تعالى: **﴿إلا الذين تابوا﴾** [النور:٥]، ولأن كل من ردت شهادته لفسق قبلت عند زوال فسقه اعتباراً بالزانى والسارق.

---

(١) ثبت فى (ب) ذلك الشاهد.

(٢) ثبت فى (أ) وصيته.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. وقال: لا تقبل شهادة القاذف وإن تاب لأنه من كمال الحد. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٩٧).

فصل

وإنما قلنا فى شاهد الزور: إن شـهادته تقبل إذا تاب[١] لأن فسقه يزول بالتوبة فأشبه شارب الخمر وغيره من الفسـاق إذا تابوا، وعبد الملك أجراه مجرى الزنديق لأنه إذا كان فى الظاهر كمـالك بن أنس والعمـرى فإنه لا يوصل إلى توبته وإلى الـعلم بها لأنه لا يقدر أن يزيد على ما كان عليه وقد كان بتلك الصفة وهو فاسق فشكل حاله.

(١) ذكره ابن عبد البـر قولاً بصيغة التضـعيف وقال: وقد قيل: إنها تقـبل إذا علمت توبته وصحت إنابته ورجعته وازداد خيراً فى حاله وقـدم عليه أن شاهد الزور لا تقبل شهادته أبداً إذا كان ظاهر الصلاح والعدالة وصح عليه الزور فى تلك الحال. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٩٨).

باب

القدر الذى يلزم فى التزكية: أن يشهد الشاهدان لمن يزكيانه أنه عدل رضى ولا يكفى أحد الوصفين عن الآخر ولا يكفى من ذلك أن يقول لا أعلم له زلة ولا جريمة[١] ولا أعلم إلا خيراً وإنى لأرضى به لىَّ وعلىَّ، وإنما قلنا لا بد من وصفه بالعدالة والرضا[٢] لأن الله تعالى شرطهما فى قبول الشهادة وقال: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] وقال: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] ومعنى العدالة[٣]: هو الاستواء والاستقامة ولذلك تنتفى الشهادة مع التهمة والغفلة وغيرهما لأن أحوال الشاهد غير مستقيمة معهما.

وإنما قلنا إنه لا يجزى من ذلك أن يقول لا أعلم إلا خيراً أو لا أعلم له زلة لأن ذلك شهادة بنفى[٤] فلا يستفاد بها شىء، ولأن التزكية فى العدالة إثبات عدالة الشاهد والإخبار عما لا يعلمه الحاكم منه، فإذا قال لا أعلم له زلة ولا أعلم إلا خيراً كان بمنزلة الحاكم لأن الحاكم أيضًا لا يعلم له زلة، وقد يعلم منه الخير والتدين ولكن لا يعلم هل هو ممن يصلح للشهادة أم لا، وأما قوله إنى رضى به لىَّ وعلىَّ فليس بتزكية أيضًا لأنه قد يرضى بغير العدل وبالمغفل[٥] والمتهم لغرض له وقد لا يرضى العدل المرضى على حسب اختياره فليس على رضا الإنسان لأموره غمار فلم يكن قوله هذا مؤثرًا فى التزكية.

---

(١) ثبت فى (ب) خزية.

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ١٧٠)، انظر الثمر الدانى (ص ٦١١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٠٠).

(٣) ثبت فى (ب) العدل.

والعدل فى العرف: هو حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر وبدعة وإن تأول لم يباشر كبيرة أو كثير كذب أو صغيرة خسة وسفاهة. وغير ذلك من الأمور المخلة بالمروءة. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ١٦٥).

وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: العدالة: صفة مظنة لمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفًا ومعصية غير قليل الصغائر. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٨٨).

(٤) ثبت فى (أ) تنقى.

(٥) ثبت فى (ب) وبالمتغفل.

فصل

ومن عرفه القاضى بالعدالة والرضا قبل شهادته ولم يحتج إلى أن يشهد عنده بتزكية، وكذلك المشتهر بالصلاح والدين لأن الغرض بالتزكية أن يعلم الحاكم أنه من أهل الشهادة فإذا عرف منه أغناه عن التزكية، وليس ذلك حكمًا بالعلم لأنه أمر يظهر ولا يخفى أعنى العدالة والفسق، ولأنه قد يتوقف عن قبول شهادته ويقبله غيره من الحكام ولو كان حكمًا لم يجز نقضه، وإذا كان الحاكم لا يعرفه لم يثبت عدالته إلا بشهادة عدلين وبأن يعلمه صاحب مسائله بما عرف من حديثه لأنه خليفته وقائم فى التزكية والجرح مقامه، والتعديل الذى يكون شهادة لا يكون إلا باثنين[1].

فصل

إذا عدَّل رجلان رجلاً وجرَّحه آخران ففيها روايتان[2]: إحداهما أن ينظر إلى أعدل البينتين فيؤخذ بها، والأخرى أن شهادة الجرح أولى من التعديل.

فوجه الأولى تعارض البينتين فى أمر طريقه الاجتهاد فوجب الحكم بأعدلهما، أصله فى الأموال، ووجه الثانية أن الجرح يخفى ولا يظهر فالشاهدان به عرفا من حال المجروح ما خفى عن المعدِّلين فكانت شهادتهما أولى، ولأن ذلك كالخبرين الحاظر والمبيح إذا تعارضا أن الحاظر أولى.

---

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٩٩)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٧٠، ١٨١).

(٢) قال ابن عبد البر فى الكافى: إذا عدَّل الرجلان رجلاً وجرَّحه رجلان آخران حكم بأعدلهما فإن تكافئا فى العدالة وكانت الجرحة مما تخفى فالشهادة بها أولى ويحتاج الحاكم أن يكشفهما عن الجرحة ما هى وقال مالك: ويقول لهما القاضى: بم تجرحانه لينظر فى ذلك فلعلها لا تكون عنده جرحة ويلزمه أن يوقعهما على تاريخ علمهما بذلك لعله أن يكون قديمًا وقد صلحت حاله بعد. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٠٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٧١).

باب

تحمُّل[١] الشهادة فرض فى الجملة، لقوله تعالى: ﴿تعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة:٢] وذلك من أفضل البر لأنه يتعلق به حفظ أموال الناس وحقوقهم وحقوق الله تعالى وإقامة حدوده، وقوله: ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾ [النساء:١٣]، وقوله: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة:٢٨٢] وذلك على عمومه فى التحمُّل والأداء، وقوله تعالى: ﴿ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض﴾ [البقرة:٢٥١] قال سفيان بن عيينة: هو ما يدفع الله بالشهود من التجاحد والتظالم، وقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق:٢].

فصل

إذا ثبت أن ذلك فرض فى الجملة فإنه من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقين فهو جارٍ مجرى غسل الميت ودفنه والصلاة عليه ومجرى الجهاد وغيره من فرائض[٢] الكفايات والدليل على ذلك[٣] أنها براءة للتوثق وحفظ الحقوق فإذا حصل هذا المعنى بالبعض سقط عن الباقين كما ذكرناه.

فصل

وإذا ثبت، فقد يتعين فرضها فى بعض المواضع وقد لا يتعين: [فالمواضع التى يتعين][٤] أن يدعى الشاهد إلى تحمُّل الشهادة وهناك جماعة كبيرة ممن يتحملها فإنه يجب على اثنين منهم بغير أعيانهم فمن قام منهم بها سقط عن الباقين.

وأما المواضع التى يسقط فيها فهو أن يدعى إلى تحمل شهادة قد تحملها غيره فلا تلزمه الإجابة لأن الغرض قد سقط بمن قام بها وتحملها، وأما المواضع التى يتعين فيها

---

(١) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: التحمل عرفًا علِم ما يشهدُ به بسبب اختيارى - وقال الشيخ الرصاع: التحمل فى اللغة يطلق على الالتزام. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٥٩٤).

(٢) ثبت فى (ب) فروض.

(٣) ثبت فى (ب) على أنها إنما تراد.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فرضها فمثل أن يدعى إلى تحملها وليس هناك غيره فتلزمه الإجابة وكذلك لو كان هناك من يتحملها إلا أنه يتعذر وجودهم أو يخاف بانتظارهم فوات الحادث مثل موت الموصى أو جحود المقر أو ما أشبه ذلك فتلزمه الإجابة وهذا إذا لم يكن له ما يعذر به فإن كان له عذر من مرض أو زمانة أو حق مثل ذلك الحق يخاف فوته وما أشبه ذلك من الأعذار لم[1] يلزمه.

فصل

فإذا ثبت تحملها على الوجه الذى ذكرناه، فأداؤها فرض أيضًا على الكفاية وحكمها حكم التحمل فى التعيين وغيره، فإن دعى إلى إقامتها وهناك من يقيمها غيره لم تلزمه الإجابة لأن المقصود من الأداء إثبات الحق عند الحاكم فإذا حصل المقصود سقط الغرض، وكذلك إن كان من يسقط الغرض به كالصلاة على الجنازة، وأما إن دعى ولم يكن قد أشهد سواه أو أشهدوا سواه ولكن تعذر إحضارهم لبعد أو غيبة أو موت أو مرض فإنه يتعين عليهما الحضور والأداء لأن فى امتناعهما إتلاف الحق وإضاعته، والدليل على وجوب الأداء فى الجملة قوله تعالى: **﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾** [البقرة:٢٨٢] وقوله تعالى: **﴿وأقيموا الشهادة لله﴾** [الطلاق:٢] وقوله عز وجل: **﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾** [البقرة:٢٨٣]، ولا خلاف فى ذلك[2]، والله أعلم.

---

(١) ثبت فى (ب) فلا.

(٢) انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٢،٣).

باب

البينة مـرتبة بحسب الحقـوق المشهود فيـها والمحتاج إلى إقـامتها ومـا هى عليه من التوسعـة والتضييق والتـخفيف والتثقـيل وإمكان التوثق وتعذره على ما نبـينه من بعد، والبيانات على اختلاف مراتبها فى القوة والضعف لا تخرج من أقسام[1]:

أحدهما: أربعة شهود رجال بالغون.

والثانى: شاهدان رجلان.

والثالث: شاهد وامرأتان.

والرابع: شاهد ويمين المدعى.

[**والسادس:**شاهد المدعى ونكول المدعى عليه.

والسابع: امرأتان ونكول المدعى عليه][2].

والثامن: يمين المدعى ونكول المدعى عليه.

والتاسع: يمين المدعى مع قوة السبب.

والعاشر: امرأتان بانفرادهما.

والحادى عشر: شهادة الصبيان فى الموضع الذى ذكرناه.

والثانى عشر: أيمان الأولياء فى الدم مع اللوث.

والثالث عشر: شهادة السماع.

والرابع عشر: كتاب قاضٍ إلى قاضٍ.

والخامس عشر: معرفة العفاص والوكاء فى اللقطة لأن ذلك كالبينة.

وربما أغفلنا شيئًا يجرى ما ذكرناه فنبينه بقدر ما أوردناه عليه.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٢٣, ٩٢٤)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٧, ٦٠٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١٨٥ ـ ١٨٨).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

الحقوق المشهود بها على ستة أضرب:

أحدها: أحكام تثبت فى البدن [ليست بمال ويطَّلع عليها الرجال على غالب الحال.

والثانى: أحكام تثبت بالبدن تتعلق بالمال.

والثالث:أحكام تثبت فى البدن لا يطَّلع عليه الرجال بل النساء كعيوبهن والولادة][(١)].

والرابع: شهادة على مال.

الخامس: شهادة على ما كان المقصود منه المال وهذا كالقسم الذى قبله وإن انفرد عنه.

السادس: ما يجمع القسمين من هذه الأقسام أو أكثر.

فإذا ثبت هذا فانقسام البينات على الحقوق على وجوه:

أحدها: ما لا مدخل فيه لشهادة النساء أصلاً ولا يقبل فيه إلا الرجال.

والآخر: ما يقبل فيه الرجال والنساء ولا يقبل فيه النساء بانفرادهن.

والثالث: ما تقبل فيه النساء بانفرادهن.

والرابع: ما يقبل فيه الرجل الواحد والمرأتان مع يمين المدّعى.

ثم بقية الأقسام على ما قدمناه.

فصل

أما الأحكام التى تثبت فى البدن ليست بمال ويطَّلع عليها الرجال فى غالب الحال كالزنا والقذف والقتل والنكاح والرجعة والطلاق، والإعتاق والإحصان[(٢)] والتعديل والتجريح ورؤية الأهلة والشهادة على الشهادة[(٣)] وما أشبه ذلك فهذا لا يقبل فيه إلا الرجال.

---

(١) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ،ب).

(٢) ثبت فى (ب) الإصلاح.

(٣) ثبت فى (أ) الشهادات على الشهادات.

فالأربعة فى الشهادة على إثبات الزنا وذلك على ثلاثة أوجه: إما شهادة على رؤية الزنا فهو المتفق عليه، وإما شهادة على الشهادة به وإما الشهادة على كتاب الحكم به وهذان مختلف فى الشهادة بهما، فقيل: يكفى شهادة اثنين على شهادة كل واحد من الأربعة[١] وعلى كتاب الحاكم به، وقيل لا يكفى إلا أربعة على كل واحد من الأربعة وكذلك على كتاب القاضى.

وأما الشاهدان فلسائر الأحكام التى تثبت فى البدن وفى المال مما عددناه.

وأما الشاهد والمرأتان والشاهد ويمين المدعى والمرأتان واليمين فلحقوق الأموال وما المقصود منه المال، وأما المال فمثل أن يشهدوا أن فلانًا أقرض[٢] فلانًا مالاً أو أودعه أو أعاره أو غصبه وما أشبه ذلك، وما المقصود منه المال كالبيع والإجارات والشفعة والرهن والقراض والمساقاة والصلح والكفالات و جنايات الخطأ والعمد التى لا قود فيها وما ضارع ذلك مما يكون المقصود منه المال فهذا كله يثبت بالشاهد والمرأتين وبالشاهد ويمين المدعى.

وأما الشاهد ونكول المدعى عليه يقبل فى كل موضع قبل فيه الشاهد واليمين والمرأتان واليمين، وقد اختلف فى قبوله فى الطلاق والعتاق فعنه فى ذلك روايتان، وكذلك فى نكول المدعى عليهم مع اللوث وقد بيناه فى موضعه، وأما الأحكام بالبدن المتعلقة بالمال مثل الشهادة على الوكالة بطلب المال وعلى إسناد[٣] الوصية التى ليس فيها إلا المال فقد اختلف أصحابنا فيها فقال مالك وابن القاسم وابن وهب: يجوز فيها شاهد وامرأتان، وقال أشهب وعبد الملك: لاتقبل فيها إلا رجلان.

وأما المرأتان ونكول[٤] المدعى عليه فإنه يقبل فى كل موضع يقبل فيه الشاهد (واليمين وليس فى كل موضع يقبل فيه الشاهد)[٥] والنكول، وكذلك يمين المدعى مع النكول، وأما يمين المدعى مع قوة السبب فمثل يمين المشترى[٦] فى الاختلاف فى ثمن

(١) ذكرها فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٨٣)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧١).

(٢) ثبت فى (أ) اقترض.

(٣) ثبت فى (ب) أشهاد.

(٤) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: النكول امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦١١).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ثبت فى (ب) المشترك.

المبيع بعد قبض السلعة لأن يمينه[١] قد قوى بالقبض، فأما المرأتان بانفرادهما ففى حقوق الأبدان التى لا يطَّلع عليها الرجال غالبًا كالولادة والاستهلال والرضاع وعيوب النساء وما أشبه ذلك.

وأما شهادة الصبيان واللوث واللقطة فقد ذكرناه وأما شهادة السماع ففى ما يتغير[٢] ولا يزول وذلك مثل النسب والموت والولاء والحبس المتأبد وقيل فى النكاح.

فأما كتاب القاضى فإنه يقبل فى كل شىء من الحقوق والحدود ولا يثبت إلا بشاهدين إلا ما ذكرناه من الخلاف فى كتابه بشهادة الزنا عنده، هذا جملة من القول فى أقسام البينة والأحكام المشهود فيها ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل

فأما قولنا إن الحد فى الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال فقد بيناه فى كتاب الحدود وقد ذكرنا توجيه الخلاف فيما يتعلق به، وإنما منعنا أن لا يقبل فى أحكام الأبدان التى يطلع عليها الرجال إلا شهادة رجلين خلافًا لأبى حنيفة أنه يقبل فى جميعها شهادة النساء مع الرجال كالطلاق والرجعة والنكاح وغير ذلك إلا ما أوجب قتلاً أو حدًا[٣]، فلقوله تعالى فى الطلاق والرجعة: **﴿وأشهدوا ذوى عدل﴾** [الطلاق:٢] وهذا كناية عن ذكرين، واعتبارًا بالقتل، وما يوجب الحد بعلة أنه من حقوق الأبدان التى يطلع عليها الرجال وهذا علة تستمر فى التعديل والتجريح وكل ما هو من بابه.

فصل

وإنما قلنا إن الشاهدين والشاهد والمرأتين يقبلان فى المال أو ما يكون المقصود منه المال، لقوله جل ذكره: **﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾** [البقرة:٢٨٢]، ولا خلاف فى ذلك[٤].

---

(١) ثبت فى (ب) سببه.

(٢) ثبت فى (أ) ما لا يتغير.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٢/١٨٨)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٠).

(٤) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن شهادة النساء جائزة مع الرجال فى الدَّين والأموال. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١٠).

فصل

وإنما قلنا إن الشاهد واليمـين يحكم به فى المال وحقوقه خلافًا لأبى حنيـفة فى منعه الحكم به على كل وجه[١]، لما روى أن رسول الله ﷺ: قـضى باليمـين مع الشاهد[٢]، ولأن كل حجة يسقط بها المدعى عليه عن نفسه المطالبة جاز أن تكون فى جنبة المدعى، أصله البينة، ولأن الأصـول موضوعـة على أن اليمين تكون فى جنبـة أقوى المتداعـيين سببًا لقوة سـببه، وأن البينة يطالب بها أضعـفهما سببًا لضعف سـببه ألا ترى أنها تجب بالابتداء على المنكر لقـوة سببه على المدعى لأن الأصل براءة ذمـته مما ادعى عليه، وإذا صح ذلك فسبب المدعى قد قوى بالشاهد فوجب أن يكون اليمين فى جنبته.

فصل

وإنما قلنا إن ذلك فى الأموال أو ما يتعلق بها دون حقوق الأبدان للإجماع على ذلك من كل قائل باليمين والشـاهد وقصرهم إياها على هذا النوع[٣]، ولأن حقوق الأموال أخفض رتبة من حقـوق الأبدان بدلالة قبول النساء فيها، [وقـد اختلف قوله فى جراح العمد هل يجب القود فيها بالشاهد][٤] واليمين فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه يجب به التخييـر بين القود والدية ومن جنس عمده[٥] ما لا يجب فيـه إلا مال بخلاف النفس،

(١) وذلك لأن أقسام الشهادة عند الأحناف تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أربعة من الرجال فى الزنا ورجلين فى الحدود والقصاص والشهادة فيما لا يطلع عليه إلا النساء فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة واثنتان أحوط. والشهادة بغير الحدود والقصـاص وما يطلع عليه الرجال وشرط فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وليس فى هذه الأقسام عندهم الشاهد والـيمين. وهذا هو قول الشعبى والنخـعى والأوزاعى. انظر الاختـيار للمـوصلى (٢/ ١٨٧، ١٨٨)، انظر الاختـيار للمـوصلى (٢/ ١٤٧)، انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٤٥١)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١٠).

(٢) أخرجه مسلم فى الأقضية (٣/ ١٣٣٧) ح (٣/ ١٧١٢)، ومالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٢١) ح (٥)، قال ابن عبد البر: حديث مرسل.

(٣) وهو قول أكـثر أهل العلم وروى ذلك عن أبى بكر وعـمر وعثمـان وعلى رضى الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبى سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيـعة وابن أبى ليلى وأبى الزناد ومالك والشافعى وأحمد. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١٠).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (أ) ومن حبس عنده.

والأخرى أنه لا يجب لأنه من حقوق الأبدان وهو الصحيح.

فصل

وإنما قلنا إنه يقبل فى الأموال وحقوقها شهادة امرأتين ويمين المدعى خلافًا للشافعى[(١)]، لأنهما قد أقيما فى الشرع مقام رجل واحد فى الشهادة على الأموال لقوله عز وجل: ﴿**فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان**﴾ [البقرة:٢٨٢] فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين جاز أن يحكم بشهادة امرأتين مع اليمين، ولأنهما إحدى شرطى شهادة المال كالشاهد الواحد، ولأنه سبب مؤثر فى الحكم قويت به حجة المدعى فجائز[(٢)] أن يحلف معه، أصله الشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا إنه يحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعى عليه خلافًا للشافعى[(٣)] لأن النكول سبب مؤثرفى الحكم فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به، أصله يمين المدعى، ونبين تأثيره فى الحكم أنه إذا نكل المدعى [عليه انتقلت اليمين إلى جنبة المدعى][(٤)] فحلف وكان نكوله كشاهد، ولأن الشاهد[(٥)] أقوى من يمين المدعى بدليل أنه إنما يحتاج إلى اليمين مع عدم الشاهد وأن اليمين مختلف فى دخولها فى بينة المدعى والشاهد غير مختلف فيه، وأن الشاهد يدخل فى البينة فى جميع الحقوق [وأن اليمين][(٦)] مضاف إليه وهو لا يضاف إليها وإذا ثبت تأكيده على اليمين ثم كان النكول إذا اجتمع مع أضعف السببين[(٧)] يحكم به كان إذا انضاف إلى الأقوى والآكد أولى.

---

(١) ذكره الإمام النووى وقال: ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين فى الأموال قطعًا. انظر روضة الطالبين (١١/٢٧٨)، ذكره الشيخ زكريا الأنصارى فى المنهج. انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٣٩٣).

(٢) ثبت فى (ب) فجاز.

(٣) انظر روضة الطالبين (١١/٢٧٨)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٣٩٣).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (أ) لشهادة.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ثبت فى (ب) البينتين.

فصل

ووجه القول في الوكالة بالمال إنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين أنها شهادة على مقصود به المال كالشهادة على البيع والإجارة، ووجه منع قبولها أن الوكالة فعل بدن ليست بمال قال عبد الملك: لأن الشاهد واليمين لا يقبل فيهما فكذلك الرجل والمرأتان لأن أحدهما لا يقبل إلا حيث يقبل الآخر.

فصل

وإنما قلنا يحكم بشهادة امرأتين مع النكول لأنها أحد شرطي شهادة المال كالشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا إنه يحكم بيمين المدعي ونكول المدعى عليه في الأموال وما يتعلق بها لأنهما سببان مؤثران في تنفيذ الحكم فإذا اجتمعا وجب الحكم بهما كالشاهد واليمين وذلك أن النكول مؤثر في وجوب الحكم به إذا انضم إليه شاهد وامرأتان وكذلك كون اليمين في جنبة المدعي.

فصل

ولا يحكم بمجرد النكول دون أن ترد اليمين على المدعي فيما ترد فيه فإذا حلف حكم له على المدعى عليه، وقال أبو حنيفة إذا نكل المدعى عليه عن اليمين كررت عليه ثلاث فإن حلف وإلا حكم عليه بنفس نكوله ولا ترد اليمين على المدعي هذا إذا كانت الدعوى في المال[1].

واتفقوا على أنه لا يحكم بالنكول في قتل العمد وجراحه، ثم اختلفوا في حكمه فعند أبي حنيفة أنه يحبس إلى أن يحلف أو يعترف، وعند أبي يوسف يحكم عليه بالدية[2] فالكلام معهم في موضعين: أحدهما: هل يحكم بالنكول بمجرده أم لا،

---

(١) ذكره الشيخ الموصلي. انظر الاختيار للموصلي (١٤٧/٢)، انظر الهداية للمرغيناني (٣/ ١٧٥).

(٢) ذكره الشيخ الموصلي. وقال محمد مثل قول أبي يوسف. انظر الهداية للمرغيناني (١٧٧/٣)، انظر الاختيار للموصلي (٢/ ١٥٠).

والآخر هل يلزم رد اليمين على المدعى أم لا.

فدليلنا على أنه لا يحكم بمجرد النكول اتفاقنا على أنه لا يحكم به فى دعوى دم العمد فكذلك فى سائر الحقوق بعلة أنه نكول عن اليمين توجهت على المدعى عليه ولأنه نكول لا يحكم به دم العمد فلذلك فى غيره، أصله الأول والثانى ولأن البينة حجة للمدعى فى إثبات ما يدعيه واليمين حجة للمنكر فيما ينفيه وقد ثبت أن المدعى لو قعد عن إقامة البينة لم يسقط حقه ولم يحكم عليه بضد ما ادعاه فكذلك المدعى عليه إذا قعد عن اليمين لأن المدعى عليه لو أمسك عن جواب المدعى أو قال لا اعترف ولا أنكر ولا أحلف لم يلزمه فهذا حكم وهو نكول على الأمرين عن الاعتراف وعن اليمين فكان بنكوله عن اليمين وحدها أولى.

ودليلنا على وجوب اليمين مع النكول قوله ﷺ فى القسامة «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ قالوا لم نحضر قال: فتبرأ لكم اليهود بخمسين يمينًا»[1] وهذا رد اليمين، ولأن ذلك إجماع لأنه مروى عن عمر[2] وعثمان وعلى[3] وأبى بن كعب رضوان الله عليهم ولا مخالف لهم ولأن الأصول موضوعة على أنه لا يحكم للمدعى على سبب واحد وإنما يحكم بسببين كالشاهدين، أو كشاهد ويمين، أو كشاهد وامرأتين، أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فإنه سبب واحد فلابد أن ينضاف إليه غيره فإذا ثبت ذلك فليس إلا يمين المدعى، ولأن اليمين فى الدعوى يتوجه على أقوى المتداعيين سببًا ولذلك وجبت فى الأصل على المنكر وانتقلت إلى المدعى إذا كان له شاهد، وإذا[4] ثبت ذلك فالمدعى فى هذا الموضع أقوى سببًا من المنكر لأن ذلك قد أضعف جنبته[5] بنكول فانتقلت اليمين إلى جنبة المدعى.

فصل

وأما اليمين مع قوة السبب فقد بيناه فيما تقدم من اختلاف الزوجين فى قبض الصداق ومقداره و المتبايعين فى مقدار الثمن والعرف فى التداعى، ووجه ذلك أن

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى فى الشهادات (١٠/٣٠٩) ح (٢٠٧٣٨).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/٣١١) ح (٢٠٧٤١).

(٤) ثبت فى (أ) وإنما.

(٥) ثبت فى (ب) سبب نفسه.

العرف أصل يقوى به سبب المدعى فإذا كان كذلك انتقلت اليمين إلى جهته كما لو كان معه شاهد آلا ترى أن العرف يرجع إليـه ويحكم به إذا لم يكن هناك غيره مثل الخلاف إذا وقع فى النقد والسير والحمولة وغيرها.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة النساء مقبولة فـيما لا يطَّلع عليه الرجال غالبًا من أحكام الأبدان فى الجملة بانفرادهن[١] مثل عيوب النساء والولادة وما فى معنى ذلك لأن الشهادة رتبت فى الشرع على حسب الأشياء المشهود بها وتأكدها وضعفها وإمكان التوصل إلى إثباتها: فجعل فى الزنا أربعة رجال لأنه غلظ فيه فـجعل التغليظ من وجهين: أحدهما الجنس، والآخر العدد، وجعل فى القتل وغيره من حـقوق الأبدان شاهدان رجلان فغلظ فيه من وجهة الجنس فقط لأنه لم يطلب فيه من الستر ما طلب فى الزنا، وجعل فيه القسامة مع اللوث لتأكد أمره لئلا يجترئ الناس على الدماء.

وجعل فى الأمـوال شهادة النساء مع الـرجال لأنها أحفظ حـرمة من الأبدان ودعت الضرورة فى هذا الموضع أعنى الولادة وما تعـلق بها إلى قبول شهادتهن منفـردات كما دعت إلى قبول شهادة الصبيان فـيما بينهم فى الجراح لأنها لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى إضاعة دمـائهم كذلك فى هذا الموضع لو لم تقبل شهادة النسـاء فى الولادة وما يجرى مجرها لأدى ذلك إلى أحد أمـرين ممنوعين: إما إلى إضاعة الحقـوق المتعلقة بها أو إلى أن يحضـر الرجال هذه المواضع ويطَّلعـوا على عورات النسـاء وذلك باطل فلم يبق إلا قبولها.

جملة ما تقـبل فيه شهادة النسـاء منفردات ما ذكرناه من عيـوب النساء التى لا يطَّلع عليها سواهن من الولادة والاستهـلال والرضاع وما أشبه ذلك، ولا خلاف فى هذا إلا فى الرضاع فعندنا أنهن يقبلن فيه بانفرادهن عن الرجال، وقال أبو حنيفة[٢] لا يقبلن فيه على انفرادهن[٣]، ودليلنا أنه لا يحضره الرجال فى الغالب فـجاز أن يقبلن فيه منفردات كالولادة والاستهلال، ولأنها شهادة على عورة، لشهادة النساء مدخل فيه كالولادة.

---

(١) انظر المدونة (٤/٨١)، انظر الكافى لابن عـبد البـر (٢/٩٠٦،٩٠٧)، انظر الثمـر الدانى (ص ٦٠٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/١٨٨).

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١/٢٤٦)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٤/١٤).

(٣) ثبت فى (ب) على الانفراد.

فصل

إذا ثبت أنه لا يحتاج فى ذلك إلى شهادة الرجال فعنه فى شىء ينضم إلى شهادتهن روايتان: إحداهما أنه لا يكفى فى ذلك إلا أن يفشى[١] ذلك عند الجيران أو يظهر وينشر، والأخرى أن شهادتهن مقبولة وإن لم يفشى[٢].

فوجه الأولى أن الرضاع وإن كان مما ينفرد به النساء فيتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبًا بل يظهر وينتشر ويفشو أمره ولا يكتم[٣] فإذا شهدن به ولم يكن شىء مما ذكرناه ضعفت الشهادة ودخلها التهمة.

ووجه الثانية اعتباره بسائر العورات اللاتى يقبلن فيها وهذه أصح[٤].

فصل

وإنما قلنا إن العدد الذى يكفى منهن اثنتان خلافًا للشافعى فى قوله أربع[٥] ولغيره فى قوله ثلاث[٦] لأن كل جنس قبلت منه شهادة فى شىء على انفراد [كفى منه شخصان، أصله الرجال][٧]، وإنما قلنا لا تكفى امرأة واحدة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إذا كن ما بين السرة والركبة قبل فيه امرأة واحدة[٨]، لأنها شهادة فى حق فلم يثبت بشهادة شخص واحد، أصله سائر الحقوق لأن شهادة الرجل آكد وأقوى من شهادة النساء فإذا لم تقبل شهادة من رجل واحد فشهادة امرأة واحدة أولى.

---

(١) ثبت فى الأصل (يغشى) والصواب ما أثبتناه.

(٢) ثبت فى الأصل (يغشى) والصواب ما أثبتناه.

(٣) ثبت فى (ب) ولا يتكلم.

(٤) ثبت فى (ب، هـ) وهذا أوضح.

(٥) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/٢٥٤)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٣٩٢).

وهو قول عطاء والشعبى وقتادة وأبى ثور. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٧).

(٦) وهو قول عثمان البتى. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٧).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) انظر الاختيار للموصلى (٢/١٨٨)، انظر الهداية (٣/ ١٣٠).

فصل

وإنما تقبل فى الاستهلال خلافًا لمن منع ذلك[١] اعتبارًا بالولادة والرضاع لأنه لا يطَّلع عليه الرجال فى غالب الحال.

فصل

وإنما قلنا إن الشهادة على السماع[٢] تقبل فيما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه لأن الضرورة تدعو إلى قبولها وإلا تلف الحق المشهود به لأن البينة لا تبقى على مر السنين وتطاول الأوقات وكان ثبوت الحق المشهود به مما يؤمن تغيره وزواله كالولاء الذى لا يصح نقله عن الملك بل يبقى ميراثًا وكالموت والنسب والوقف المحرم وما أشبه ذلك فجازت فيه شهادة السماع.

وصفتها: أن يشهد شاهدان إنا لم نزل نسمع أن فلان ابن فلان على مر السنين وتطاول الأوقات وليس للعدد[٣] الذى يسمع منه الشهود حد محصور أكثر من ثلج النفس وثقتها إلى خبرهم فهى فى معنى الخبر فى المتواتر، ووجه قوله فى النكاح إنها تقبل فيه: أنه أمر ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف، ووجه قوله إنه لا تقبل فيه: أن أصله غير[٤] مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الأملاك أنها تثبت بالسماع.

فصل

وإنما قلنا إن كتاب القاضى إلى القاضى يقبل وإنه يلزم المكتوب إليه تنفيذ ما فيه للضرورة إلى ذلك لأنه لو لم يقبل لأدى إلى تلف الحق المشهود به لأن البينة التى للمدعى قد تكون بغير البلد الذى يحتاج إلى إقامتها به فلا يجوز تكليفهم السفر إليه ليشهدوا به وقد لا يكون هناك من يعرفهم بالعدالة فلم يبق إلا شهادتهم فى الموضع

(١) منع ذلك أبو حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادتهن فى الاستهلال. انظر الاختيار للموصلى (٢/١٨٩)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٦).

(٢) قال الشيخ ابن عرفه الدسوقى: شهادة السماع: لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٥٩٣).

(٣) ثبت فى (ب) للقدر.

(٤) غير: سقطت من (ب).

الذى هم به وكتاب الحاكم الذى يشهدون عنده إلى الحاكم الذى يحتاج إليه فى إقامة الشهادة عنده بما ثبت عنده من الحق بشهادتهم وعلى ذلك مضى أمر السلف.

وإنما قلنا إنه لا يثبت إلا بشاهدين دون طابع القاضى لأنه سبب يجب به تنفيذ الحكم فوجب أن لا يكون إلا بشاهدين، أصله إقرار المدعى عليه، ووجه قوله فى الزنا إنه يثبت الكتابة بشاهدين: أن الشهادة بالكتاب[1] غير الشهادة بالزنا فإذا ثبت الكتاب بشاهدين فالحد يقام بشهادة الأربعة الذين شهدوا عند الحاكم الأول، ووجه القول بأنه لابد من أربعة أن الحد يقام بكتاب الحاكم وما يقام به الحد من الشهادة لا يكون إلا بأربعة، أصله الشهادة المباشرة.

فصل

اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتابًا مطويًا وقال اشهدوا على ما فيه هل يصلح تحمُّلهم الشهادة أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتب كتابًا إلى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه فى ذلك روايتان[2]: إحداهما أن الشهادة جائزة وإن لم يقرأ الكتاب والأخرى أنهم لا يشهدون به إلا أن يقرءوه وقت تحمُّل الشهادة، فوجه الجواز أنه أشهدهم على إقراره بما فى الكتاب، عرفوه فصح تحملهم الشهادة، أصله إذا قرأه عليهم، ولأن عمال النبى ﷺ كانت ترد عليهم كتبه فيعملون بما فيها من غير أن يقرءوها. واستدل القاضى إسماعيل بن إسحاق بدليل أن النبى ﷺ دفع كتابًا إلى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه، ولأن الإنسان قد يكره أن يعلم غيره ما أقر به[3] ويحب طى ذلك وإخفاءه فلو لم تجز الشهادة عليه إلا إذا أظهره ونشره للحق فى ذلك ضرر ومشقة، ووجه المنع قوله تعالى: ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف:٨١] وإذا لم يقرءوا الكتابة لم يعلموا ما يشهدون به فلم تجز شهادتهم، ولقوله ﷺ: «إن رأيت مثل الشمس فاشهد»[4] ولأن الخط قد يعمل عليه ويزور فلا يؤمن ذلك فى الكتاب المطوى فإذا قرأه وعرف ما فيه أمنوا الحيلة فيه.

(١) ثبت فى (أ) بالكتابة.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٦).

(٣) ثبت فى (ب) ما أمر به.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/٢٦٣) ح (٢٠٥٧٩)، والحاكم فى المستدرك (٤/٩٨)، وأبو نعيم فى الحلية (٤/١٨)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فى إسناده محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٤/٢١٨) ح (١).

باب

شهادة الأعمى جائزة فى كل ما وقع له العلم بـه، وإنما يمنع فيما طريقه الرؤية فقط فيقبل على مـا يلمسه أنه حار أو بارد أو لين أو خشن وفيـما يذوقه أنه حلو أو حامض وفيـما يشمه وكـذلك فيما يـسمعه، والدليل على ذلك أن الـعمى لا يؤثر فى العلم بما يشهد من ذلك فكان فقد البصر كفقد غيره من الأعضاء فى أنه لا يمنع قبول ما يتحمَّله من الشهادة به، فأما شهادته بالإقرار وما طريقه الصوت فيقبل عندنا سواء تحمَّلها أعمى أو بصير ثم عمى خـلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى فى قـولهما أنها لا تقـبل إذا تحمَّلها أعمى[2]، لأن الصوت طريق لمعرفة الأشـخاص والتمييز بين الأعيـان شرعًا وعادة: أما الشرع فدليل مالك رحمه الله أن الصـحابة والتابعين رووا عن أزواج النبى ﷺ ومعلوم أنهم سمعوا منهن من وراء حجاب وإنما كانوا يمـيزون بين أشخاصهن بالصوت، وقوله ﷺ: «لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال فكلوا واشـربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم[3]»، ولم يكونوا يفرقـوا بينهما إلا بالصـوت، ولأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشـهادة عليه بالحقوق وقد ثبت أن الأعمى يطأ زوجته وهو لا يعرفها إلا بالصوت فدليل[4] ذلك إجماع على أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص.

وأما العادة[5] فهى أن الأعمى إذا تكررعليه سماع صوت زوجته وولده وصديقه وطال

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى، وقال: قال أبو حنيـفة: لا تقبل وقال زفر: تقبل فيما يجـرى فيه التسامع لأنه يسمع، وقال الشيخ المرغينانى: وهو رواية عن أبى حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان بصيراً وقت التـحمل تقـبل لوجود العلم بالنظر. انظر الاختـيـار للموصلى (٢/ ١٩٦)، انظر الـهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٥).

(٢) قال الإمـام النووى لا يجوز أن يتـحمل الأعمى اعـتمـادًا على الصوت. انظر روضة الـطالبين (١١/ ٢٦٤). قال الشيخ الخطيب الشربينى: ولا يقبل شهادة أعمى إلا أن يقر فى أذنه فيتعلق به حتـى يشهـد عند قاض به على الصـحيح. والثـانى: المنع حسـمًا للباب، انظر مـغنى المحـتاج (٤/ ٤٤٦)، وقال الإمام النووى: فى قبول شـهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاسـتفاضة وجهان. قال ابن سريج والجـمهور: تقبل إلا أن شـهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعـيين وإشارة. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٧١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما أثبتناه من (أ) وهو مُناسب وفى باقى النسخ: (فدل).

(٥) العادة: سقطت من (ب).

اجتماعه معه وكثير ألفه له وطروقه لسمعه وقع له العلم بذلك وبَعُدَ شبهه[١] بغيره وميز بين أشخاصهم لسماعه وصار ذلك له طريقًا مستمرًا لا يخالجه[٢] فيه شك ولا ريب، وإن جاز أن يخفى عليه إذا غير صوته فى بعض الأوقات فإنه إذا تبينه زال عنه الشك فحكمه فى هذا حكم البصير إذا رأى الشخص فى الظلمة وأنه إذا تبينه وتأمله عرفه، وكذلك لو رأى من بَعُدَ عهده به أو من كان بعهده أمردًا والتحى فإنه يشتبه عليه اشتباهًا إذا حقق التأمل زال عنه، وإذا ثبت ذلك صح أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص فقبلت شهادة الأعمى معه.

فصل

شهادة الأخرس جائزة إذا فهمت إشارته خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى[٤] لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم فإذا فهم منه بطريق يفهم من مثله قبلت كالناطق إذا أداها بالصوت، ولأنها معنى يحتاج إلى النطق ليقع الفهم به فإذا تعذر النطق به جاز أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها، أصله الإقرار والطلاق.

الشهادة على الشهادة جائزة وهو قول كافة الفقهاء[٥] إلا من حكى عنه[٦] منعها[٧]، لأن عليًا رضى الله عنه أجازها[٨] ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولا خالفه، ولأن الشهادة طريقها الأمانة كالأخبار فإذا جاز النقل فى أحدهما فكذلك فى الآخر، ولأن شهادة العدل على شهادة نفسه معنى يسوغ للحاكم الحكم به فجاز أن يشهد به عنده ويحكم به إذا شهد عنده الإقرار.

(١) ثبت فى (أ) تنبيهه وفى (هـ) تشبيه.
(٢) ثبت فى (أ) لا يخالطه.
(٣) ذكره الشيخ الكاسانى، انظر بدائع الصنائع (٦/٢٦٨)، انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٤٦٤).
(٤) قال الإمام النووى: شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٣٢٤).
(٥) قال ابن قدامة فى المغنى: الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى قال أبو عبيد: أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة فى الأموال ولأن الحاجة داعية إليه. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٨٦)، انظر البحر الزّخار للشيخ المرتضى (٦/ ٣٩).
(٦) ثبت فى (أ) عنهم.
(٧) ذكره الشيخ المرتضى. انظر البحر الزّخار (٦/٣٩).
(٨) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى عبد الرزاق فى مصنفه، انظر نصب الراية (٤/٨٧).

فصل

وتجوز في الحقوق والحدود كلها خلافًا لأبي حنيفة في قوله إنها لا تجوز في القتل ولا في الحدود[١] ولأنه حق مشهود به فجاز أن تسمع فيه الشهادة على الشهادة كسائر الحقوق.

فصل

إذا شهد اثنان على شهادة اثنين فإن شهد كل واحد منهما على شهادة كل واحد من الشاهدي الأصل قبلت[٢] الشهادة، وإن شهد واحد على شهادة واحد وآخر لم تقبل لأن شهادة كل واحد معنى يثبت عند الحاكم فلا يثبت بأقل من اثنين، وقد ذكرنا الخلاف في نقل الشهادة على الشهادة في الزنا وفي كتاب القاضي إلى القاضي بالزنا[٣].

فصل

ويكفي أن يشهد اثنان على اثنين، وقال عبد الملك: ولا يجوز إلا أن يشهد على الآخر اثنان سوى الاثنين الذين شهدا[٤] على الأول وهو أحد قولي الشافعي[٥]، وإنما قلنا ذلك لأن شهود الفرع نقلوا[٦] عن شهود الأصل والحق يثبت بشهود الأصل فصار الشاهدان كأنهما يشهدان بحقين فلم يحتج إلى غيرهما.

فصل

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن شهدوا وقبل حكم الحاكم، قبل رجوعهم ولم يحكم بتلك الشهادة في كل شيء شهدوا به وكذلك إن رجع بعضهم خلافًا لمن قال: إنه

(١) ذكره الشيخ المرغيناني، انظر الهداية (٣/ ١٤٤)، انظر الاختيار للموصلي (٢/ ٢٠٢). وهذا القول يقول به أحمد بن حنبل وهو قول النخعي والشعبي. انظر المغني لموفق الدين (١٢/ ٨٧).

(٢) ثبت في (ب) ثبتت.

(٣) بالزنا. سقطت من (ب).

(٤) ثبت في (أ) شهدوا.

(٥) ذكره الإمام النووي. وقال: وهو قول البغوي والسرخسي والقول الثاني وهو الأظهر: أنه يقبل وهو الذي رجحه العراقيون والإمام الغزالي والروياني، انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٩٣)، وقال الشيخ الشربيني الخطيب: هذا القول صححه جمع. انظر مغني المحتاج (٤/ ٤٥٥).

(٦) ثبت في (ب) نقله.

يحكم ولا يلتفت إلى رجوعهم[(١)] لأن الحكم إنما يكون بشهادة يثبت عليها وزجوعهم عنها يجعلهم بمنزلة من لم يشهد فيصير الحكم للثانى من قوليهما دون المرجوع عنه كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له الخطأ قبل تنفيذ الحكم.

فصل

فإن رجعوا بعد استيفاء الحكم لم ينتقض برجوعهم ثم لا يخلو المشهود به أن يكون مالاً أو طلاقًا أو قتلاً أو حدًا، ولا يخلو رجوعهم أن يكون إخبارًا عن غلط أو تعمد كذب[(٢)] فمن شهد بمال فلما حكم به قالا غلطنا فى الشهادة لم ينتقض الحكم ولم يرجع على من أخذ المال ويغرمانه للمشهود عليه، وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق وقال عبد الملك فى الغلط لا يرجع عليهما بشىء.

وإن قالا تعمدنا الكذب رجع عليهما بغير خلاف وكذلك لو رجع أحدهما بإكذاب نفسه غرم نصف المال، فإن شهدا بقتل أو قطع ثم رجع أحدهما أو كلاهما بعد الآخر غرما الدية إن كان غلط وإن كان عن عمد يقتص[(٣)] منهما [ويغرمان الدية أيضًا هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب يقتص منهما][(٤)] فى العمد وإن رجع أحدهما فعلى الخلاف الذى ذكرناه.

وإن شهدا بطلاق ثم رجعا لم يغرما للزوج الصداق، فإن شهدا أنه تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول فاغترمه الحاكم نصف الصداق ثم رجعا غرما النصف الذى غرمه، ولو شهدا على دخوله بزوجته عنده وهو مقر بالنكاح[(٥)] منكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما غرما نصف الصداق، ولو شهدا أنه أعتق عبدًا له ثم رجعا عن شهادتهما[(٦)] غرما قيمته، ولو كانت الشهادة بتنجيز[(٧)] عتق مكاتب غرما قيمة كتابته أو ما بقى منها فإن شهدا بإعتاق أم ولد فلا غرم عليهما.

---

(١) قال الشيخ موفق الدين بن قدامة: وحكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال: يحكم بها. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٣٧)، انظر البحر الزّخار للمرتضى (٦/٤٤).

(٢) كذب: سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (هـ) لا يقتص.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) بالطلاق.

(٦) شهادتهما: سقطت من (ب).

(٧) بتنجيز: سقطت من (ب).

فصل

وإنما قلنا إن رجوعهم بعد استيفائهم[١] الحق لا ينقض به الحكم خلافًا لمن حكى عنه ذلك[٢] لأن رجوعهم إن كان إكذابًا لهم لأنفسهم فذلك تفسيق منهم لأنفسهم والحكم لا ينقض بقول فاسق وإن كان عن غلط فيجوز أن يكونوا غلطوا فى الثانى فلا يقبل قولهم وقد تعلق بالأول حق للمشهود له فلم يجز إبطاله بدعواهم.

فصل

وإنما قلنا إنهم يغرمون ما أغرم المشهود عليه من المال خلافًا لعبد الملك فى منعه ذلك بالغلط[٣] لأنهم فى العمد مقرون بإتلاف مال غيرهم لأنهم اضطروا الحاكم إلى أن أغرمه ما شهدوا به فلزمهم غرمه، وقلنا ذلك فى الغلط لأنهم بإتلافهم كالعمد، وقلنا فى رجوع أحدهما أنه يغرم النصف لأن الإتلاف لم يكن به وحده ولزم قدر ما أتلف بشهادته كالمشتركين فى قتل خطأ يلزم كالواحد منهم من الدية بقسطه وكذلك المخطئ مع العامد يلزم المخطئ نصف الدية.

فصل

وإنما قلنا فى الرجوع عن الشهادة بقتل أو قطع أنه إن كان ذلك بغلط غرما الدية لما قدمناه، لا يقتص منهما لأن القصاص لا يكون إلا فى العمد المحض.

ووجه القول إنه لا يقتص منهما فى العمد: أن شهادتهما سبب لا مباشرة فلا يجب بها القود، ولأنه غير ملجيء لأن الحاكم قد كان يمكنه أن ينعزل[٤] فلا يحكم.

ووجه إيجاب القود ما روى عن على رضوان الله عليه أنه جاءه شاهدان فقالا: نشهد أن هذا سرق فقطعه ثم جاآه بآخر فقالا أوهمنا هو هذا فرد قولهما الثانى، وقال: لو

---

(١) ثبت فى (ب) بعد استيفاء.

(٢) وهو قول الإمام أحمد بن حنبل وهو قول الشيعة الزيدية. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٣٨)، انظر البحر الزّخار للمرتضى (٦/٤٥).

(٣) ذكره الشيخ ابن عبد البر فى الكافى قولاً ولم يعزوه إلى عبد الملك. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩١٨).

(٤) ثبت فى (أ) أن يقول.

أعلمكما تعمدتما لقطعتكما[١]، ولم يحفظ خلاف عليه ولأن الشهود إذا كان ظاهرهم العدالة وأدوا الشهادة إلى الحاكم لزمه الحكم بشهادتهم فى حقوق الله ولمن[٢] يطلبه إذا ثبت له من الآدميين فقد صار ملجأ بشهادتهما فكان الشاهد[٣] كالمكره لغيره على القتل ويلزمه القود ولا يجب على هذا أن يكون على الحاكم القود كالمكره لأن القاتل مكرهًا مباشر بما لم يكن له أن يباشره، والحاكم لم يباشر قتلاً محرمًا وإنما باشر أمرًا أوجبته الشريعة فافترقا.

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بطلاق قبل الدخول أو بعده ثم رجعا فلا غرم عليهما خلافًا للشافعى فى قوله يرجع عليهما بمهر المثل أو بكمال المهر[٤] لأن بالدخول قد استحق عليه المهر كاملاً وبالعقد نصفه وإن كان لم يدخل لم يتلفا على الزوج شيئًا بشهادتهما فلا يلزمهما غرم.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بالزوجية وبالطلاق قبل الدخول ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف المهر لأنهما قد أتلفاه عليه بشهادتهما فلزمهما غرمه اعتبارًا بشهادة المبتدأة بالمال ويفارق الأول لأن المهر كان مستحقًا عليه بالعقد الثابت.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بدخوله بزوجة يقر بنكاحها ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف الصداق فلأن ذلك القدر هو الذى أتلفاه بشهادتهما لأن النصف مستحق عليه بالعقد فلم يتلفاه عليه لما قدمناه، والثانى لا يستحق إلا بالدخول والدخول لم يثبت إلا بقولهما فإذا رجعا عن الشهادة فقد اعترفا أنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرمه.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا عليه بعتق عبده ثم رجعا أنهما يغرمان قيمته لأنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرم قيمته كما لو شهدا عليه بمال لرجل، وقلنا فى المكاتب يغرمان الكتابة

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٤٢٤) ح (٢١١٩٢).

(٢) ثبت فى (أ) ولما.

(٣) ثبت فى (ب) المشهود.

(٤) ذكرهما الإمام النووى، انظر روضة الطالبين (١١/ ٣٠٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٥٨).

لأنها المتلفة دون الرقبة، وقلنا في أم الولد لا يغرمان لأنهما لم يتلفا بشهادتهما إلا الاستمتاع ولا قيمة لذلك.

فصل

إذا حكم الحاكم بشهادة شهود ثم قامت بعد الحكم بينة بفسقهم فلا ضمان عليه فيما أتلف بشهادتهم ولو قامت بينة برقهم أو كفرهم ضمن، والفرق أن العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد وإذا انفرد الحاكم[1] باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله[2]، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار لأن ذلك لا اجتهاد فيه إذ لا يخفى الكفر والرق لأنهما خلافه أمر ظاهر فالحاكم مع ذلك مقصر في اختبار[3] حال الشهود فضمن الحاكم بتفريطه.

---

(١) ثبت في (ب) وإذا نفذ الحكم.

(٢) ذكره في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٥٩).

(٣) ثبت في (ب) تقصير اختيار وفي (ق) اجتهاد.

باب

إذا تداعى[(١)] رجلان شيئًا فالتقسيم يرجع إلى ثلاثة أشياء: أحدها إلى اليد، والثانى إلى البينة، والثالث إلى صفة الدعوى، فأما حكم اليد فينظر فإن كانت الدعوى متساوية مثل أن يدعى كل واحد جميعه فإن لم يكن فى أيديهما وكان فى يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم لأحدهما إلا ببينة فإن أقام أحدهما بينة حكم له به، وإن أقام الآخر بينة نظر إلى أعدل البينتين فحكم به فإن تساويا [فى العدالة][(٢)] عرضت اليمين عليهما فإن نكل أحدهما حكم للحالف وإن حلفا قسم بينهما وإن نكلا تركا على ما كانا عليه، وإن كان ذلك الشىء فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما لو لم يكن فى أيديهما سواء.

وإن كان فى يد أحدهما فهو أولى به من المدعى الذى لا يد معه فيحكم له به مع اليمين، فإن نكل حلف المدعى وحكم له به وإن نكل أقر على[(٣)] يد من هو فى يده فإن أقام المدعى بينة فالبينة أولى من اليد.

وإن أقام صاحب اليد بينة حكم بأعدل البينتين فإن تساويا سقطتا وكان صاحب اليد أولى، وسواء كانت الدعوى فى ملك مطلق غير مضاف إلى سبب [أو فى مضاف إلى سبب][(٤)] يتكرر أو لا يتكرر فالمطلق أن يقيم بينة بأن [هذا العبد ملكه وأن][(٥)] هذا الشىء له هكذا مطلقًا، وغير المطلق هو المضاف إلى سبب وهو أن يبين سبب الملك مثل أن يقيم بينة بأن هذا العبد ملكه ولد فى ملكه وأن هذه الدابة نتجت فى ملكه وأن هذا الثوب ملكه[(٦)] نسج فى ملكه، ثم هذا السبب على ضربين متكرر يمكن أن يتكرر فى الملك مثل الغراس إذا قال كل واحد منهما غرسته فى ملكى فهذا يمكن أن يتكرر بأن يغرس دفعتين وكذلك نسج الثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته يمكن أن ينسج دفعتين، ومنه ما لا يمكن تكراره كالولادة والنتاج ونسج الثوب القطن.

(١) ثبت فى (أ) إذا تداعيا.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) ثبت فى (أ) عليه.
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٦) ملكه: سقط من (ب).

وأما التقسيم على البينة فهو أن يقال إذا تداعى رجلان شيئًا فلا يخلو أن يكون مع كل واحد بينة أو لا بينة أو مع أحدهما أو أن تكون البينة مع أحدهما ولا بينة مع الآخر فإن أقام كل واحد منهما بينة نظر إلى أعدلهما فحكم به، وإن تساويا عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا حكم به لصاحب اليد [منهما أو قسم بينهما إن لم يكن يدًا وكان فى أيديهما، وإن لم تكن مع أحد منهما بينة عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا قسم بينهما وإن كان مع أحد منهما يد كان لصاحب اليد]، وإن كان مع أحدهما بينة ولا بينة مع الآخر حكم به لصاحب البينة سواء كان صاحب اليد أو الخارج إلا أن صاحب اليد لا يكلف بينة ابتداء لأن اليد مغنية عنها.

وأما التقسيم[1] على صفة الدعوة لا يخلو أن تكون الدعوى متساوية أو مختلفة[2]: فإن كانت متساوية فالحكم على ما ذكرنا، وإن كانت مختلفة مثل ثوب أو كيس[3] يدعى أحدهما جميعه ويدعى الآخر نصفه، أو يكون بين ثلاثة يدعى أحدهم كله والآخر نصفه ويدعى الثالث ثلثه فإن تقسيم اليد والبينة على ما قدمناه لا يخلو أن يكون فى أيديهم أو فى يد غيرهم ممن لا يدعيه لنفسه أو فى يد أحدهم، ثم لا يخلو أن يكون مع أحدهم بينة أو أن يكون مع كل واحد منهم بينة، فإن كان مع أحدهم بينة حكم له به كان فى يده أو فى أيديهم أو فى غيرهم، وإن كان مع كل واحد منهم بينة حكم بأعدلها أو لا بينة لهم جميعًا عرضت الأيمان عليهم ثم قسم بينهم، فإن لم يكن فى أيديهم قسم على موجب دعواهم، وإن كان فى أيديهم فاختلف فى ذلك على وجهين: أحدهما أنه يقسم على عددهم والآخر على موجب دعواهم على ما نبينه من بعد ونحن نتكلم على تفصيل الجملة وموضع الخلاف منها.

فصل

وإنما قلنا : إنه إذا لم يكن الشىء المدعى عليه فى أيديهما أو كان فى يد من لا يدعيه لنفسه أو لم يكن فى يد أحد فإنه لا يحكم به لأحدهما إلا ببينة لقوله ﷺ: «لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دم قوم وأموالهم»[4]، وقال للمدعى : «شاهداك أو

(١) ثبت فى (ب) اليمين.

(٢) ثبت فى (أ) مختلطة.

(٣) ثبت فى (أ) كبش.

(٤) أخرجه مسلم فى الأقضية (٣/١٣٣٦) ح (١/١٧١١)، والنسائى فى القضاة (٨/٢١٨) باب (عظة الحاكم على اليمين)، وابن ماجه فى الأحكام (٢/٧٧٨) ح (٢٣٢١).

يمينه»[١]، ولأنهما متساويان فى الدعوى لا يرجع أحدهما على الآخر فلم يكن أولى منه.

فصل

وإنما قلنا إن من أقام البينة منهما حكم له به لقوله ﷺ «البينة على المدعى»[٢]، وقوله «شاهداك أو يمينه»[٣] ولأنه قد أتى بالسبب الدال على صدقه فيما ادعاه فوجب الحكم به له، وإنما قلنا إن الآخر إذا أتى ببينة نظر إلى أعدلهما فرجحت على الأخرى، خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى فى قولهما إن الزيادة فى العدالة لا يقع بها ترجيح[٥]، لأن الشهادة تقف صحتها على العدالة وهى مبنية[٦] على الاجتهاد فكانت الزيادة فيها مطلوبة لأنها أبلغ فى التوثيق وأقرب إلى صحة ما يشهد به، ولأن الشهادة أقوى من الخبر لأنه نص فيها على العدد فلم يقبل فيها قول العبد ولا المرأة بانفرادهما وفى الخبر لم ينص على عدد ولم يمنع فيه العبد ولا المرأة، ثم كانت صفة العدالة يقع بها الترجيح فى الخبر فمن كان [أعدل وأوثق كان][٧] أولى بأن يصار إلى خبره وكان فى الشهادة أولى ولا يلزم على ما قلناه زيادة لأنه منصوص عليه فأغنى عن الاجتهاد.

فصل

وإنما قلنا إذا تساويا فى العدالة سقطتا لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى فكانا كمن لا بينة معهما، وإنما قلنا تعرض الأيمان عليهما فلأن اليمين أحد الحجج للمدعى، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم به للحالف لأنه قد ساوى صاحبه بالبينة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه، وإن حلفا قسم بينهما لأن التقادم إذا وجد لم يكن

---

(١) أخرجه البخارى : فى الرهن (٥/ ١٧٢) ح (٢٥١٥) ، ومسلم : فى الإيمان (١/ ١٢٣) ح (١٣٨/٢٢١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٦).

(٥) ذكره الشيخ الخطيب الشربينى، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٨٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٢٨).

(٦) ثبت فى (أ) ويمين عليه.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

أحدهما أولى من الآخر لتساويهما فيما يقتضى الحكم به لمن يثبت له فلم يبق إلا ما قلناه، وقد قال مالك إلا أن يكون ذلك الشيء شيئًا[1] مما يرى الإمام أن يقف الحكم فيه فلا يقسم بينهما[2] والنظر هو الأول، وإنما قلنا إنهما إذا نكلا تركا على ما كانا عليه فلأن تساوى[3] البينتين يمنع الحكم مع إحداهما، وإنما عرضنا الأيمان عليهما ليرجع أحدهما فيحكم له فأما إذا لم يوجد ذلك فقد أضعفا دعواهما فتركا على ما كان عليه.

فصل

وإنما قلنا إن الشيء المدعى إذا كان فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما قدمناه فإنه لا رجحان لأحدهما على الآخر لأن اليد وإن كان الترجيح يقع بها لمن[4] حصلت له فقد تساويا فيها فكان كتساويهما فى البينة.

فصل

وإنما قلنا إن كان فى يد أحدهما كان أولى من المدعى الذى لا بينة له مع يمينه لأن اليد ظاهرها يدل على الملك فقد حصل أقوى سبب من المدعى فكانت البينة على الخارج.

وإنما كانت اليمين على صاحب اليد لأنه مدعى عليه وقد قال ﷺ «اليمين على المدعى عليه»[5]، ولأنه أقوى سببًا باليد والحيازة، واليمين تكون فى جنبة أقوى المتداعين سببًا، وإنما لم يحكم له بمجرد اليد دون اليمين لأن السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره كالشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا نكل انتقلت اليمين [إلى جنبة المدعى لأن سببه قد ضعف بنكوله فصار المدعى أقوى سببًا منه فانتقلت اليمين إلى جهته][6] كما أن المدعى عليه يكون

(١) شيئًا: سقطت من (ب).

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٩٧).

(٣) ثبت فى (ب) تهاتر.

(٤) ثبت فى (أ) أن.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

اليمين فى جنبته لقوة سببه ببراءة الذمة فى الأصل وإذا كان مع المدعى شاهد انتقلت اليمين إليه لقوة سببه.

وإنما قلنا إنه إذا حلف المدعى حكم له به لأنه قد اجتمع له سببان يمينه ونكول خصمه وذلك مؤثر فى الحكم، وإنما قلنا إنه إذا نكل أقر صاحب اليد لأن نكوله[1] أضعف دعواه وصارا كأنهما لم يتأتيا بشىء ورجح الآخر عليه باليد.

فصل

وإنما قلنا إذا كان للمدعى بينة كانت أولى من اليد لأنها أرجح منها لأن البينة تشهد بما لا تشهد به اليد لأن اليد مبهمة[2]، والبينة مفسرة، وإنما يحكم لليد بالظاهر ولقوله ﷺ: «البينة على المدعى»[3] ولم يفرق، وفائدة ذلك أنه إذا أقامها حكم له بها.

وإنما قلنا إن صاحب اليد إذا أقام بينة رجح بأعدل البينتين لما بيناه أن الغرض بالبينة العدالة والحكم بها موقوف على حصولها فوجب الترجيح بالزيادة فيها.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا تساويا حصل التهاتر وحكم به لصاحب اليد خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن بينة الخارج أولى إذا كانت فى ملك مطلق أو مضاف إلى سبب يتكرر[4] لما روى أن رجلين تداعيا عند النبى ﷺ بعيراً فجاء هذا ببينة فقضى به لمن هو فى يده[5]، ولأنهما متداعيان يتساويا فى إقامة البينة وانفراد أحدهما باليد فوجب أن تقدم بينته لأجل اليد، أصله الدعوى فى الملك المضاف إلى سبب لا يتكرر كالولادة والنتاج[6]، ولأن كل واحد منهما مساوٍ لصاحبه فى الدعوى قبل البينة إلا أن صاحب اليد أقوى وأرجح بثبوت يده على الشىء المدعى فلما انفرد بذلك قوى أمره فقدم على المدعى

---

(١) ثبت فى (ب) وحصول.

(٢) ثبت فى (ب) متهمة.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/ ١٩٢)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٥٥).

(٥) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/ ٢٠٩) ح (٢١)، والبيهقى فى الكبرى (١٠/ ٤٣٣) ح (٢١٢٢٣)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: إسناده ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٣١).

(٦) ثبت فى (ا) النكاح.

لرجحانه باليد، وهذه حالهما بعد البينة لأنهما قد تساويا فيها وسقطتا وصارا كأنهما لم يكونا فانفرد صاحب اليد بيده كما كان قبل البينة، وإنما عرضنا الأيمان عليهما بعد تهاتر البينتين اعتباراً بحال الابتداء.

فصل

فأما اختلاف الدعوى مثل أن يتداعى رجلان ثوبًا أو كبشًا[1] وهو بأيديهما يدعى أحدهما الكل والآخر النصف أو ثلاثة ويدعى الثالث الثلث فقد ذكرنا أن أصحابنا يختلفون فى كيفية قسمته بينهم فمنهم من يقول تقسم بينهم على عدد المدعين[2] بالتسوية ومنهم من يقول يقسم بينهم على صفة اختلاف الدعوى.

وصورة القول الأول أن يتداعى رجلان كبشًا أو ثوبًا وهو بأيديهما يدعى أحدهما الكل والآخر النصف فيكون بينهما نصفين وكذلك إن ادعاه ثلاثة يدعى الثالث الثلث يكون بينهم أثلاثا، وصورة الحكم على موجب الاختلاف فى الدعوى فى المسألة الأولى أن يحكم لمدعى الكل بثلاثة أرباع المدعى ولمدعى النصف بربعه فيقسم بينهم على أربعة أسهم.

وفى المسألة الثانية إذا ادعى أحدهم الكل والثانى النصف والثالث الثلث يقسم بينهم على ستة وثلاثين جزءاً[3] منها لمدعى الكل خمسة وعشرون ولمدعى النصف سبعة ولمدعى الثلث أربعة أسهم، واحتج من ذهب إلى القول الأول بأنهم متساوون[4] فى أسباب الحكم والترجيح لأنهم قد تساووا فى اليمين وفى الحيازة لأن مدعى الأكثر مساوٍ لمدعى الأقل فى اليد، وإنما يزيد عليه بالدعوى وذلك لا يوجب زيادة فى الحيازة، وإذا لم يكن معهم ما يرجح به أحدهم على الآخر وجب تساويهم فى القسم فأما إذا لم يكن فى أيديهما فعلى موجب الاختلاف.

واحتج من ذهب إلى القول الثانى بأن قال إذا ادعى أحدهما الكل وادعى الآخر النصف فمدعى النصف مقر بأنه لا حق له فى النصف الآخر فصار النصف الذى يدعيه كان كمدعى الكل قد حازه وليس أحد يخاصمه فيه فيكون له ويصير التداعى فى

---

(١) ثبت فى (ب) كيسًا.

(٢) ثبت فى (ب) المتداعين.

(٣) ثبت فى (ب) سهمًا.

(٤) ثبت فى (أ) متساويان.

النصف الباقى فيقسم بينهما لتساويهما فى حيازته، وكذلك فى المسألة الثانية يقال لمدعى النصف ومدعى الثلث أنتما مقران بأن بالنصف الباقى لا حق لكما فيه فسلماه إلى مدعيه إذ لا خصومة بينكما وبينه فيه فيصير النصف لمدعى الكل [ويحصل التداعى بين مدعى النصف ومدعى الثلث][1] فيقال لمدعى الثلث أنت معترف بأن السدس الزائد على الثلث لا حق لك فيه فسلمه إلى من يدعيه فيصير بين مدعى الكل وبين مدعى النصف وأيديهما متساوية فيه فيقسم بينهما نصفين فيصير لمدعى الكل سبعة أسهم من اثنى عشر سهمًا ولمدعى النصف سهم من اثنى عشر سهمًا ثم يبقى الثلث وهم يتداعونه بالسوية وأيديهم عليه متساوية فيقسم بينهم على موجب دعواهم بالسوية فيكون لكل واحد سهم وثلث [فيصير لمدعى الكل ثمانية وثلث من اثنى عشر سهمًا ويصير لمدعى النصف سهمان وثلث من اثنى عشر سهمًا، ولمدعى الثلث سهم وثلث][2] فيضرب فى مخرج الكسر لتسلم السهام فيكون ستة وثلاثين وكذلك الاعتبار فى اختلاف التداعى فى الأنصباء.

ومن أصحابنا من يقول فى التداعى إذا اختلف ما يدعيه كل واحد منهما أنهما إذا أجمعت الدعاوى فكانت زيادة على المال كالعول قسم بينهم على موجب العول فضم الدعوتين ثم ينظر إلى ما اجتمع بيده فجعل النصاب الذى يقسم عليه وهذا على القول بأن القسم موجب الدعوى وبيانه: إذا تداعى رجلان ثوبًا وادعى أحدهما جميعه والآخر نصفه يكون كأن المسألة عالت بالنصف فيكون من ثلاثة لمدعى الكل الثلثان ولمدعى النصف الثلث.

[وإذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف والآخر الثلث][3]: قسم المدعى بينهم على أحد عشر سهمًا لمدعى الكل ستة، ولمدعى النصف ثلاثة، ولمدعى الثلث اثنان قال: لأنهم إذا تساووا فى اليد وضاق المال على الدعاوى لم يكن أحدهم بأولى من الآخر فيجب أن يتساووا فى النقص.

فصل

ولو تداعيا ثوبًا بأيديهما فقال أحدهما: لى نصفه، والنصف الثانى لزيد، وقال

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الآخر لى نصفه، ونصفه لزيد ولا شيء لك فيه: قسم بينهما لأن كل واحد منهما يقر للغائب بنصيب الآخر الذى قد حازه فلا يكون للمقر له شيء.

فصل

إذا ادعى أنه تزوج امرأة تزويجًا صحيحًا سمعت دعواه ولم يكلف أن يذكر شرائط النكاح خلافًا لأحد قولى الشافعى فى قوله إن الدعوى لا تسمع إلا بأن يذكر شروط الصحة فيقول تزوجتها بولى وشهود عدول بإذنها إن كانت ممن تستأذن[1]، ودليلنا أنه دعوى عقد صحيح فوجب استماعها، أصله إذا ذكر[2] شروط صحتها، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يسمع الدعوى فيه على الصحة مجملة من غير اعتبار بذكر شروط الصحة، أصله البيع.

فصل

إذا مات رجل وترك ابنين فادعى رجل على الميت دينًا فأقر له أحدهما فإن كان ممن تقبل[3] شهادته [وشهد له به حلف المدعى واستحق جميع الدعوى وإن كان ممن لا][4] تقبل شهادته ولكنه لم يكن يشهد لزمه نصف ما اعترف له به وهو مقدار ما كان نصيبه لو اعترف الابن الآخر أو قامت له بينة وقال أبو حنيفة يلزم المقر الأداء من حصته[5].

وإنما قلنا إنه إن شهد به لزم مع اليمين جميع الدعوى لأنها دعوى مال فقبل فيها الشاهد مع اليمين كسائر الدعاوى، وإنما قلنا إن شهادة الابن مقبولة لأن شهادة الأخ على أخيه مقبولة فيما يتعلق بدفع معرة عن الشاهد أو الأخ، ولأن التهمة عنه زائلة فى ذلك، وإنما قلنا إنه يلزمه بإقراره لأنه مقر بأن غيره يستحق مالاً فى يده فلزمه دفعه إليه.

---

(١) ذكره الإمام النووى. وقال: لو ادعى أنه نكح امرأة لم يقبل منه حتى يقول: نكحتها بولى وشاهدى عدل فمن الأصحاب من اكتفى فى دعوى النكاح بالإطلاق. انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٤)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤١٤).

(٢) ثبت فى (أ) إذا أنكر.

(٣) ثبت فى (أ) ممن لا تقبل.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/ ٢١٢).

وإنما قلنا إنه لا يلزم الآخر شيء بإقرار أخيه لأن إقرار الإنسان[١] على غيره غير مقبول، وإنما قلنا لا يلزم المقر أكثر من قدر ما كان يلزمه لو أقر الآخر لأن إقراره عليه وعلى أخيه فلم يلزم ظلم غيره، ولأنه معنى يستحق فى المال مقدم على الميراث فوجب إذا اعترف به بعض الورثة أن تلزمه فى حصته دون حصة من لم يعرف، أصله الوصية.

فصل

إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لهما ولا لأحدهما نظر: فإن كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها، وإن كان من متاع الرجال فهو للرجل مع يمينه، وقال سحنون ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين وما كان يصلح لهما جميعًا فهو للرجل مع يمينه، وقال المغيرة هو بينهما بعد أيمانهما وسواء كان اختلافهما قبل الطلاق أو بعده كانت الدار بينهما أو لأحدهما أو بكراء كان الاختلاف منهما أو ورثتهما أو من ورثة أحدهما مع حياة الآخر كانا حرين أو عبدين أو إحداهما كانت الزوجة مسلمة أو ذمية.

والمتاع الذى يصلح للنساء كالحلى وثياب النساء والغزل والجهاز والمتاع والذى يصلح للرجل كالسيف والدرع والرمح وسائر السلاح وثياب الرجل وكتب العلم والأدب، والذى يصلح لهما جميعًا كالدراهم والدنانير وغير ذلك مما لا يختص فى العرف بأحدهما سواء كانت أيديهما عليه شاهدة مثل أن يكونا قابضين عليه حكمًا مثل خشب موضوعة فى الدار[٢].

ووافقنا أبو حنيفة فى ذلك كله إلا فى الذى يصلح لهما فإنه فرق فى ذلك بين الرجل إذا كان حيًا أو ميتًا فقال: إن كان حيًا فهو له وإن كان ميتًا فهو للمرأة[٣]، وقال الشافعى من أقام البينة على شيء فهو له وإلا كان بينهما بعد أيمانهما[٤].

---

(١) الإنسان: سقطت من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٢٨).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/١٨٦)، انظر الاختيار للموصلى (٢/١٦٤).

(٤) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢/٣١٧) انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص٥٧٠).

فصل

وإنما قلنا إن ما يصلح لأحدهما يكون له لأن اليد لما كانت مؤثرة فى الملك ودلت عليه بدليل أن من ادعى عمامة على رأس رجل فإن القول قول من هى عليه، وقد ثبت أن لكل واحد من الزوجين يداً فى الدار بدليل أن أجنبيًا لو ادعى بعض ما فيه فتنازعاه أو أحدهما فيكون القول قوله دون الأجنبى فوجب إذا تنازعا أن يعتبر أظهرهما فى الدعوى ومن يشهد له العرف بقوة دعواه وقد ثبت أن اليد تتفاضل فيكون بعضها أقوى من بعض كالراكب والممسك باللجام ، وإذا ثبت ذلك وجب أن يكون أقوى اليدين أولاهما بالمدعى لشهادة العرف له.

ولا يلزم عليه الدباغ والعطار إذا تنازعا فادعى الدباغ المسك وادعى العطار الجلود لأن أيديهما غير متساوية وقد ورد الظاهر والسنة بما قلناه وهو قوله تعالى: ﴿**وأمر بالعرف**﴾ [الأعراف:١٩٩]، وقوله عز وجل فى قصة يوسف [عليه السلام][(١)] ﴿**إن كان قميصه قد من قبل فصدقت**﴾ [يوسف:٢٦] فجعل قوة دعوى كل واحد منهما على ما يشهد عليه الغالب فكذلك فى مسألتنا الغالب والعرف أن النساء يتخذن ما يصلح لهن والرجال يتخذون ما يصلح لهم وإذا صح ذلك ثبت ما قلناه، وروى: (أن رجلان تنازعا فى خص فحكم به لصاحب القمط[(٢)])[(٣)] وهو يؤيد ما نقوله من الحكم بالأشبه فى الدعاوى.

فصل

ووجه قوله إنه يحكم به لمن يصلح له بيمينه أن الحكم فى الأصول لا يكون إلا بشيئين فلم يجز الحكم له بمجرد العرف لأن ذلك حكم بسبب واحد، ووجه قول سحنون إنه له بغير يمين أن يده والعرف الشاهد له سببان فلم يحتج إلى يمينه.

ووجه قول مالك إن ما كان لهما كان للرجل أن جنبته[(٤)] أرجح لأن البيت له وهى تابعة له فيه والظاهر ما يكون فى بيت الرجل له إلا ما يشهد العرف أن الأغلب كونه للمرأة.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) لصاحب المقص.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب، هـ) جهته.

وإنما شرطنا اليمين ليحصل له سببان يحكم له بهما، ووجه قول المغيرة أنه بينهما وأن أيديهما متساوية ولا شبهة فيحكم به، والبيت منسوب إليهما لا إلى الرجل وحده فلم يبق إلا أن يكون بينهما بعد[1] أيمانهما كالمتداعيين شيئًا بأيديهما.

فصل

وإنما لم يفرق بين أن يكونا حرين أو عبدين وسائر ما ذكرناه لأن كل ذلك لا يؤثر فى الدعوى بقوة ولا ضعف ولا شبهة فلذلك استوى الحكم فى جميعه وإنما لم نفرق بين الحياة والموت لأن الورثة يقومون مقام مورثهم على سبيل ما كان له أن يفعل ألا ترى أنه لو اشترى بالخيار لم يكن لهم أن يفرقوا المبيع على البائع وكان لهم اختيار الجميع أو رده وكذلك هاهنا.

فصل

إذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد واحد فللورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا الدين، فإذا حلفوا وأخذوا المال قضى منه الدين ثم أخذوا [الباقى ميراثًا فإن لم يفضل شيء فهم مخيرون إن شاءوا حلفوا مع الشاهد ويستحقون الدين فإذا حلفوا أخذوا المال فقضوا منه الدين ثم أخذوا][2] فضلاً إن كان وإن شاءوا لم يحلفوا وليس للغرماء إجبارهم على اليمين فإن لم يحلفوا حلف الغرماء واستحقوا الدين فى ديونهم فإن كان فيه فضل عن ديونهم لم يستحقه الورثة فإن أرادوا من بعد أن يحلفوا لم يكن لهم ذلك إلا أن يكون لامتناعهم أولاً وجه مثل أن يقولوا لم نعلم أنه يفضل منه شيء وكنا نرى أن الدين يستغرقه فيكون لهم أن يحلفوا [ويستحقوا الباقى، وإن كان امتناعهم على وجه النكول والترك لم يكن لهم أن يحلفوا من بعد، وكذلك][3] لو ادعى إنسان على الورثة أن ميتهم أوصى له بمال وأقام على ذلك شاهدًا واحدًا فله أن يحلف معه فإن نكل الوارث أو مدعى الوصية للورثة وبرأ وحلف الورثة لمدعى الوصية وبرؤوا من نكل منهم لزمه ما يدعى عليه مع الشاهد، ويقيم الورثة الدين بقدر مواريثهم والموصى لهم يقسمون على حسب ما يدعى من الوصية، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم فلمن

---

(١) ثبت فى (أ) مع.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

حلف نصيبه من الدين أو الوصية ولا شيء لمن لم يحلف، ولا يشارك الحالف فى قسطه ولكن يعرض اليمين على المدعى عليه ويكون الحكم على ما بيناه.

فصل

وإنما قلنا إن للورثة أن يحلفوا مع شاهد ميتهم لأنهم يقومون مقام [الموروث فى حقوق الإرث فلما كان للميت لو كان باقيًا أن يحلف مع شاهده كان ذلك][1] للورثة بعده، وإنما قلنا إنهم إذا أخذوا المال بالشاهد وأيمانهم قضوا منه الدين ثم ورثوا الباقى لأن الدين مقدم على الميراث[2] لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء:١١] فإذا قضوا استحقوا الباقى لوجوبه لهم.

وإنما قلنا إنه إذا كان الدين مستغرقًا للتركة فلا شيء للورثة لأن الإرث بعد الدين[3] فإذا تزاحما فالدين مقدم عليه، وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا مع استغراق الدين للإرث ولا يضرهم أن يستحق المال غيرهم لأن الحق فى التقديم لهم لأنهم يقومون مقام الميت، ولأنهم لو أدوا الدين من غير التركة لكان ذلك لهم ولم يكن للغرماء الاعتراض عليهم.

وإنما قلنا إنهم مخيرون لأن الحق فى ذلك لهم فإن شاءوا أخذوه وإن شاءوا تركوه، وإنما قلنا إنه ليس للغرماء إجبارهم على الحلف لأنهم يقولون لا فائدة لنا فى اليمين على ما إذا استحق لم يكن لنا فيه حظ وكذلك إن كان فيه فضل فلهم أن يقولوا لسنا نختار أن نأخذ بيمين فيكون ذلك لهم.

وإنما قلنا إن للغرماء أن يحلفوا إذا نكل الورثة خلافًا للشافعى فى قوله ليس لهم ذلك[4]، لأن الدين حق متعلق بالتركة[5] فجاز لمستحقه أن يحلف مع شاهد الميت، أصله حق الإرث، وإنما قلنا إنه إن كان فيه فضل عن ديونهم لهم يستحقه الورثة لأن الإنسان لا يستحق بيمين غيره شيئًا إذا كان ممن له أن يحلف، وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا ويستحقوا الفضل لأنهم يستحقون ما يتركه الميت فكان لهم أن يحلفوا عليه وليس امتناعهم أولاً من اليمين بمانع لهم الآن منها لأنهم يقولون لم نر أن نحلف على

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) على الوارث.

(٣) ثبت فى (ب) نفعًا للورثة.

(٤) لم أجد هذه المسألة فيما عندى من مصادر.

(٥) ثبت فى (ب) بالشركة.

ما يأخذه غيرنا، فأما إذا فضل ما نأخذه فإنا نحلف عليه وهذا عذر مسوغ[١]، وإنما يمنع أن يحلفوا بعد ترك اليمين لأن نكولهم قد أسقط حقهم، وإنما قلنا إن للمدعى له أن يحلف مع شاهده لأنه يستحق من تركة الميت وما وصى له به، فإن لم يحلف فقد تقدم بيان النكول ورد اليمين وكذلك باقى المسألة.

فصل

كل دعوى لا يقبل فيها شاهد وامرأتان ولا شاهد ونكول[٢] ولا يقبل فيه إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى، وذلك مثل دعوى النكاح والرجعة والطلاق وقتل العمد وما أشبه ذلك، فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته أو امرأة على رجل أنه زوجها أو أنه طلقها فلا يمين على المنكر منهما بمجرد الدعوى [وذلك مثل دعوى الناكح][٣] فإن أقام المدعى شاهدًا واحدًا حلفا المدعى عليه وإن نكل ففيها روايتان: إحداهما أنه يحكم عليه، والأخرى أنه يحبس حتى يحلف فإن طال حبسه خلى، واليمين على هذه الرواية استظهارًا واحتياطًا.

وإذا قلنا إنه لا يحلف بمجرد الدعوى فلا يتصور على هذا رد اليمين على المدعى لأن ذلك لا يكون إلا بنكول المدعى عليه، والنكول لا يكون بعد توجه اليمين إليه، وعند الشافعى فى هذه المسائل أن اليمين تلزم المدعى عليه فإن نكل ردت على المدعى فإن حلف حكم له[٤]، فدليلنا على أن اليمين لا تلزم ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن تأتى بشاهد فإن كان معها شاهد حلف»[٥] وهذا نص، ولأن ذلك ذريعة إلى امتهان النساء بالأزواج فلا تشأ امرأة أن تؤذى زوجها إلا ادعت عليه الطلاق لتحلفه وذلك إضرار بالناس فيجب منعه على ما بيناه من الذرائع، ولا يلزم عليه دعوى الأموال لأنها أخفض رتبة والإجماع على خروجها عن حكم هذا الأصل.

---

(١) مسوغ: سقطت من (أ).

(٢) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: النكول: امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦١١).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٤٣) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص٥٦٩).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى الطلاق (١/ ٦٥٧) ح (٢٠٣٨) بنحوه فى الزوائد: هذا إسناده صحيح، ورجاله ثقات.

فصل

ودليلنا أن اليمين لا ترد فيما لا تقبل فيه إلا شاهدين أنا وجدنا الشاهد والمرأتين أقوى من اليمين والنكول لأن النكول من غير جنبة المدعى، ولأنه لا يحتاج إليهم[١] مع المرأتين، وإذا ثبت ذلك كان الطلاق والنكاح لا يحكم فيه بشاهد والمرأتين كان بأن لا يحكم فيه الشاهد والنكول وبالنكول واليمين أولى.

فصل

إذا كان له بينة حاضرة وكان عالمًا بها قادرًا على إقامتها فعدل عنها إلى يمين المدعى عليه ثم أراد إقامتها من بعد ففيها روايتان[٢]: إحداهما أن ذلك له والأخرى أنه ليس له ذلك.

فوجه الأولى أنها حال لو أقر فيها المدعى عليه لثبت الحق عليه فوجب إذا أقام فيها المدعى البينة أن يكون له ذلك، أصله قبل أن يحلف، ولأنها بينة لو أراد إقامتها قبل اليمين لكان له ذلك فوجب ألا يقطعها اليمين، أصله إذا كانت غائبة أو كان لا يعلم بها، ووجه الثانية قوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه»[٣] فجعل له أحدهما إذا استوفاه لم يكن له الآخر، ولأنه لو قال للحاكم أريد أن تجمع لى بين الأمرين بين يمينه وبينتى لم يكن له ذلك فدل على ما قلناه، ولأن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضًا بها فلم يكن له نقض موجبها كما لو صالح ثم أراد الرجوع فى الصلح.

فصل

يمين الإنسان على فعل نفسه يكون على القطع[٤] وعلى فعل غيره يكون على العلم مثل أن يدعى على رجل مالاً فيقر له به ويزعم أنه قضاه إياه فيحلف أنه ما قضاه قطعًا، ولو ادعى أن لأبيه عليه مالاً وأنه ورثه عنه فزعم المدعى عليه أنه قد قضاه إياه حلف على العلم أنه لا يعلم أباه اقتضى منه شيئًا، والفرق بينهما أنه يقدر على العلم باقتضائه نفسه ولا يصل إلى العلم باقتضاء أبيه والصغير يحلف مع شاهد أبيه على إثبات الحق

(١) ثبت فى (ب) إليه.

(٢) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٦، ٦٠٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩١٠).

إذا بلغ، ولو كان للميت شاهد بحق له ولد صغير سمع الحاكم شهادة شاهده ثم عرض اليمين على المدعى عليه فإن حلف لم يسقط الدعوى عنه ويؤخر إلى أن يبلغ الصبى فيحلف ويأخذ(١)، وإنما عرضنا اليمين على المدعى عليه لجواز أن ينكل فيثبت الحق ولا يحتاج إلى انتظار بلوغ الصبى(٢) فلما لم ينكل كان الحق باقيًا للصبى.

فصل

إذا كانت فى يد رجل دار حائز لها يتصرف فيها مدة عشر سنين فأكثر بالبناء والهدم والإجارة والعمارة ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه وإنسان يراه ويشاهده طول هذه المدة ولا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقًا ولا مانعًا يمنعه مطالبته من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ولا بينه وبين المتصرف فى الدار قرابة أو شركة فى ميراث أو ما أشبهه مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم فى إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عريًا من ذلك أجمع، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم أنها له ويقيم بينة بذلك فعندنا أن بينته غير مسموعة ويكون صاحب اليد أولى بها(٣).

وإنما قلنا ذلك لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها غير مقبولة لقوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩]، وأوجب الرجوع إليه [عند الاختلاف](٤) فى الدعاوى كالنقد والحمولة والسير وغير ذلك وفى الأبنية ومعاقيد القمط ووضع الجذوع على الحائط فكذلك فى هذا الموضوع، وقد علمنا أن الإنسان فى العادة إذا كان له ملك يراه فى يد غيره يتصرف فيه تصرف ذى الملك التام(٥) بالهدم والبناء والعمارة والإجارة والرهن وغير ذلك وينسبه إلى ملكه وهذا حاضر يراه ويشاهده ولا ينازعه ولا يدعى معه شيئًا ولا مانع يمنعه من مطالبته ولا يذكر أنه ملكه ولا يعارض فيه بل ساكت ثم يأتى بعد سنين طويلة ومدة بعيدة فزعم أنه ملكه ويقيم البينة على ذلك فإن ذلك خلاف العادة لأن الإنسان لا يسكت(٦) على ما يجرى هذا المجرى ولذلك قلنا إنه إن كان غائبًا

(١) ذكره ابن عبد البر (٢/ ٩١٠). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩١٠).
(٢) ثبت فى (ب) إلى انتظار بلوغه.
(٣) انظر المدونة (٤/ ٨٩)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٣٨).
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٥) التام سقطت من (ب).
(٦) ثبت فى (أ) لا يسكتون.

سمعت بينتــه لأنه لا عرف يكذب قوله وكذلك إذا كانت فى يد سلطان يخـافه إن أقام البينة.

وإنما قلنا: إن الحيازة من الأقارب لا تمنع الدعوى كـجرى العادة بإبساط بعضهم فى إضافة الملك المشترك إليه وترك تشـاحيهم فيها وإنما تبقى[١] مدة طويلة غير مـقسومة بل على شركة المواريث المتداولة ففارقوا الأجانب.

فصل

التغليظ فى الأيـمان عندنا بالمكان والزمان خـلافًا لأبى حنيفة فـى قوله لا يغلظ فى المكان[٢] لقوله ﷺ: «من حلف على مـنبرى هذا على يمين كـاذبة ولو على سواك من أراك فقد تبوأ مقعدًا من النار»[٣]، ولأن أبا بكر وعمر رضوان الله عليهـما استحلفا عند المنبر[٤]، وروى أن عمر رضى الله عنه طولب بذلك فى يمين توجهت عليه فافتدى ولم يحلف[٥]، وروى عن على رضى الله عنه أنه قال لرجل ـ حلف بالطلاق فقال لامرأته: حبلك على غاربك ـ: تحلف بالله عند المنبر لما أردت الطلاق[٦]، ونحوه عن ابن عباس[٧] فدل على أنه إجماع، ولأن اليمين تراد لزجر وردع وليتحرج الحالف ويمتنع من الإقدام على يمين إن كان مبطلاً بهـا ويخرج من حق إن كان، وقد ثبت أن الحلف فى المواضع التى تعظم وتشـرف أبلغ فى الردع وأوقع فى الزجـر من الحلف فى غـيرها فـوجب أن يكون أولى.

إذا ثبت هذا فالمواضع فى البلد الذى يكون فيه الخصومة: ففى المدينة عند منبر رسول

---

(١) تبقى: سقطت من (أ).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى قـولاً بصيغة التـمريض وقال: وقيل: يحلف فى زماننا لـقلة مبالاة الناس باليمين الكاذبة. والأول أنه لا تغلظ بزمان ولا مـكان لأن تعظيم المقسم به حاصل فى كل زمان ومكان. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٥١)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٧٩).

(٣) أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور (٣/ ٢١٩) ح (٣٢٤٩)، وابن ماجه فى الأحكام (٢/ ٧٧٩) ح (٢٣٢٥)، ومالك فى الموطأ فى الأقضـية (٢/ ٧٢٧) ح (١٠)، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٤٠) ح (٨٣٨٣).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٦) ح (٢٠٦٩٤ ـ ٢٠٦٩٥).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧/ ٥٦٣) ح (١٥٠١٣).

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٧) ح (٢٠٦٩٩).

الله ﷺ لأنه أشـرف المواضع بها، وللخـبر الذى رويناه، وفى سـائر البلاد فـى أشرف البقاع بها وأعظمها حرمة وذلك فى المسجد الجامع أو غيره مما يشرف به ويعظم، وتغلظ على اليهود والنصارى فيحلف اليهودى فى بيعته والنصرانى فى كنيسته لأن هذه المواضع هى أعظم مواضعهم عندهم، ولأن التـغليظ بذلك إنما الغرض به الردع والزجر فهى فى المواضع التى يعتقدون تعظيمها أبلغ فيما يراد.

فصل

فأمـا الحقوق التـى تغلظ فيهـا فينظر فـإن كانت الدعوى فى غـير المال مـثل الدماء والطلاق والعتاق وما أشبـه ذلك فإن اليمين[١] تغلظ فى ذلك كله، وإن كـانت الدعوى فى مال فلا تـغلظ فيه عند المنبر فى التـافه اليسيـر وهو ما دون ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق وتغلظ فى ربع دينار وفى ثلاثة دراهم فصاعـدًا، وقال الشافعى: تغلظ فى العشرين دينارًا دون مـا قصر عنها[٢]، وقال بعض المتـأخرين تغلظ فى القليل والكثير[٣].

ودليلنا على أنه لا تغلـظ فى اليسير ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى رجلاً يحلف عند المنبـر فقال: أعلى دم، فقال: لا، فـقال: على عظيم من المال، فقال لا، فقال خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان[٤]، ولم ينكر ذلك عليه أحد فثبت تقدير المحلوف عليـه، ولأن المقصود من التغليظ الردع والزجر بـحرمة الموضع المحلوف عنده فيجب أن يكون ذلك فيما له خطر وقدر إعـظامًا للموضع وتأكيدًا لحرمته، ودليلنا على أنه تغلظ فى ربع دينار أنه قدر من المال تثبت به حـرمته فى الشرع بدليل أنه يقطع فيه اليد وأنه أقل ما يستباح به البضع فجاز التغليظ فيه كنصاب الزكاة، ولأنه خارج عن التفاهة والنذارة بدليل ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: لم يكن رسول الله

---

(١) ثبت فى (ب) الأيمان.

(٢) ذكره الإمام النووى. ثم قـال: أما ما دون ذلك فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القـاضى التغليظ لجرأة الحالف فله التغليظ. وهذا القول هو قول الحنابلة. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٣٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٢٠)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١١٦).

(٣) هذا القول هو قول ابن جرير. حكاه عنه الشـيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١١٦).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٧) ح (٢٠٦٩٦).

ﷺ يقطع فى التافه وكان يقطع فى ربع دينار(١).

فصل

وأما التغليظ فى الزمان فيستحب فى الدماء واللعان أن يكون الحلف بعد صلاة العصر لقوله عز وجل: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله﴾ [المائدة:١٠٦] قيل فى التفسير: بعد صلاة العصر، وفى الحديث أن النبى ﷺ قال: «ثلاثة لا ينظر إليهم: فذكر من حلف يمينًا كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال امرئ مسلم»(٢)، ولأن أدبار الصلوات أوقات مشرّفة معظمة ترتجى فيها إجابة الدعاء ويتقرب الإنسان إلى الله تعالى بالتسبيح والذكر فيها فهى أبعد من اكتساب الآثام بالأيمان الكاذبة، واختير بعد صلاة العصر لأنه وقت يجتمع فيه الناس وربما ردع ذلك الحالف به.

فصل

لا مدخل للتغليظ فى الأيمان بالألفاظ ولا تزاد فى الحلف على أن يحلف بالله الذى لا إله إلا هو فقط، وقال الشافعى: يزاد على ذلك عالم خافية الأعين وما تخفى الصدور والذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية(٣) وما أشبه ذلك(٤) ودليلنا أن هذه الصفات لا غاية لها ولا حصر فلم يكن بعضها بأن تغلظ اليمين به بأولى من بعض فوجب، الاقتصار على الحلف باسمه تعالى ووصفه الأخص الذى لا زيادة عليه وله مزية على سائر الصفات.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى الشرب والمساقاة (٥/ ٤٢) ح (٢٣٥٨)، ومسلم فى الإيمان (١/ ١٠٣) ح (١٠٨/١٧٤).

(٣) ثبت فى (ب) الجهر.

(٤) قال الإمام النووى التغليظ بالتعديد فى الأسماء والصفات بأن يقول: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية أو والله الطالب الغالب المدرك المهلك الذى يعلم السر وأخفى وهذا الضرب مستحب فلو اقتصر على الله كفى. واستحب الشافعى رحمه الله أن يقرأ على الحالف «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنًا قليلاً..» وأن يحضر المصحف. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٣١)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٢١).

فصل

ولا يزاد فى إحلاف اليهودى أن يقال الذى أنزل التوراة على موسى ولا فى إحلاف النصرانى أنزل الإنجيل على عيسى خلافًا للشافعى[١] لأن ذلك معنى زائد على التغليظ فى صفات اليمين لا يجب فى حق المسلم فنقول لأنها يمين وجبت فى حق فلم يزد فيها على لفظ الإخلاص، أصله فى حق المسلم، ولأنه كافر فلم يزد فى إحلافه على اسم الله وصفة الإخلاص كالوثنى، ولأن زيادة هذه الصفات إن كانت لاختصاص الكتابيين بها فيجب أن يزاد الذى كلم موسى على الطور وغير ذلك فيجب أن يزاد على الوثنى اللاة والعزى لأن ذلك هو الذى يعظم وذلك باطل.

فصل

يحلف قائمًا فى كل الحقوق[٢] لأن ذلك أبلغ فى الردع والزجر وأما استقبال القبلة فقيل إنه لا يحتاج إليه لأنه لما لم يغلظ بأن يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع وقيل يستقبل بالحالف القبلة لقوله ﷺ: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»[٣] لأن ذلك أردع له وأزجر، ولأن استقبال القبلة يعظمها المسلمون ما لا يعظمون[٤] الانحراف عنها ألا ترى أنه يفعل بالمحتضر وفى الدفن وعند الذبح والأذان فكذلك فى اليمين.

فصل

يجوز افتداء اليمين وهو أن يبذل شيئًا لتسقط عنه لأنه إجماع الصحابة وروى أن عثمان رضى الله عنه خاصمه يهودى إلى عمر وادعى عليه أربعة آلاف درهم فوجبت[٥]

---

(١) ذكره الشيخ زكريا الأنصارى. انظر المنهج مع حاشية الجمل (٥/ ٤٢١)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٧٣).

(٢) قال ابن عبد البر: واليمين قائمًا عند مالك أصوب. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٢٤)، وقال الشيخ الآبى: ويحلف قائمًا تغليظًا عليه فلو حلف جالسًا لم يجز بناء على أن التغليظ واجب على المعتمد. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (أ) يعلمون.

(٥) ثبت فى (ب) فتزحمت.

عليه اليمين فأبى أن يحلف وغرم المال فلمـا فعل ذلك قال: والله ما له عليَّ شيء فقال عمر ما حـملك على ما فعلت قال خفت أن يصـادف يمين قدرًا[١] فيقول الناس ظلم عثمان اليهودى ولم ينكر عليه عمر[٢]، ولأن ابن مسعود أُخذ بأرض الحـبشة فصالح[٣] عن نفسه بدينارين[٤]، ولأن فى الاستحلاف مذلة[٥] وامتهانًا فجاز للإنسان الافتداء منها صيانة للعرض وقد قال ﷺ: «ما وقى به المرء عرضه فهو صدقة»[٦].

فصل

وإذا كانت المرأة من ذوات الأقـدار والشرف جاز أن يبعث الحـاكم إليها من يحلفـها لأن فى ذلك صيانة لها وإقلالاً من تبذيلها، ولا مقال للخصم فى ذلك لأن الذى يجب له إحلافها دون تبـذيلها وإن كانت ممن لا تخرج نهارًا جاز أن تؤخـر لتخرج ليلاً زيادة فى الصيانة وقلة التبذل[٧].

فصل

من أراد أن يكتب على غيره كتابًا بذكر حق أملاه الذى عليه الحق وإن أملاه الذى له الحق بحضـرته ورضاه فلا بأس به وإن ارتضـيا بمن يمليه غـيرهما جاز وأجـرة الكتاب عليهما وإن كان الدين لجماعة فأجرة الكتاب عليهم بالسوية اتفقت سهامهم أو اختلفت.

وإنما قلنا إنـه يمل الذى عليـه الحق لقـوله تعـالى: ﴿وليـملل الذى عليـه الحق﴾ [البقرة:٢٨٢]، ولأن الذى له الحق قـد يزيد[٨] فيما له عليـه ويتغافل عنه الذى عليه الحق فإذا أملاها الذى عليه الحق كان ذلك أمنا لـها يخاف منه وقد وعظ الله الذى عليه الحق فقال: ﴿وليتق الله ربه ولا يبـخس منه شيئًا﴾ [البقرة:٢٨٢]، ولأنه قـد يزيد الذى له الحق

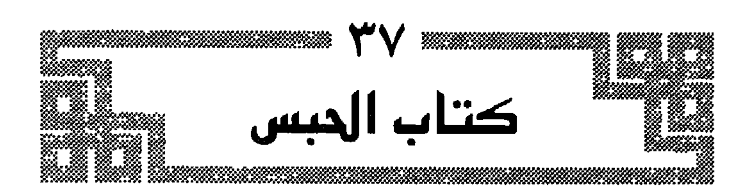
---

(١) ثبت فى (أ) القدر.
(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٧) ح (٢٠٦٩٨).
(٣) ثبت فى (ب) فصانع.
(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٣٥) ح (٢٠٤٨٢).
(٥) ثبت فى (ب) بذلة.
(٦) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/ ٥٠)، وذكره الحـافظ العجلونى وعزاه إلى العسكرى والقضاعى عن جابر مرفوعًا. انظر كشف الخفاء (٢/ ٢٥٥) ح (٢٢٥٥).
(٧) انظر المدونة (٤/ ٧١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٤٢).
(٨) ثبت فى (ب) ينسى.

فى التوثق على ما يجب له وذلك غيـر جائز، ولأن الذى عليه الحق إذا أملاه صار ذلك إقراراً منه فيعتد به وإذا أملاه الذى كان مدعيًا والدعوى لا يعتد بها فيقال للذى عليه إذا أملاه أنت لتقر بهـا عليك فإن كان سها أو غير عـالم بالشروط أملَّ ذلك وليه الذى إليه أمره أو وكيله لأنه إذا كان عن أمره فإقراره حاصل.

وإنما قلنا إن أملاه صاحب الحق بحضرته ورضاه جـار لأن التهمة تزول عنه وتصير كأن الذى هو عليـه أمله فيكون إقراراً، وإنما قلنا إن الأجـرة عليهما لأن الكاتب أجـير لهما، وإنما قلنا إنـها تكون على أهل الدين بالسوية وإن اختلفت أنصـباؤهم لأن التعب فى ذلك واحد فليس نصيب واحد منهم أكثر من نصيب الآخر والله أعلم.

* * *



والوقوف والصدقة والعمرى والرقبى وما يتصل بذلك

قال القاضي: الحبس والوقف[١] صحيح لازم لا يفتقر لزومه إلى حاكم به وهو قول الشافعي[٢]، وقال أبو حنيفة لا يلزم الوقف ولا يزول عن ملك الواقف قبض أو لم يقبض وله الرجوع عنه بالبيع والهبة، ويورث عنه إن مات إلا أن يحكم به حاكم أو يكون الوقف مسجدًا أو سقاية أو يوصى به فيكون في ثلثه[٣].

فدليلنا فعل رسول الله ﷺ[٤]، وإجماع الصحابة بعده من غير خلاف منهم الأئمة الأربعة وطلحة والزبير وزيد بن ثابت وعائشة وأبو رافع وخالد بن الوليد وابن عمر وغيرهم[٥] رضوان الله عليهم، وكذلك قال مالك: هذه صدقات رسول الله ﷺ وأصحابه والخلفاء[٦] معروفة عندنا وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال للنبي ﷺ إني أصبت أرضًا بخيبر وهي من أنفس مال أصبته وإني أريد أن أتصدق بها فقال له

(١) قال الفيروزآبادي: الحبس: المنع وكل شيء وقفه صاحبه. انظر القاموس المحيط (٢/ ٢٠٦).
وقال: والوقف الحبس. انظر القاموس المحيط (٣/ ٢٠٥).
وفي الاصطلاح: قال الشيخ الرصاع: الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس وبعضهم يعبر بالوقف والوقف عندهم أقوى من التحبيس وهما في اللغة مترادفان، وقال الشيخ ابن عرفة: هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمًا بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرًا. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٣٩).
وقال الشيخ الأبي: الحبس إعطاء المنافع أما على سبيل التأبيد أو على مدة معينة ثم يرجع ملكًا. انظر الثمر الداني (ص ٥٥٦).
(٢) ذكره الشيخ الموصلي، انظر الاختيار (٢/ ٢٩١)، انظر الهداية للمرغيناني (٣/ ١٥).
(٣) ذكره الشيخ الخطيب الشربيني، انظر مغني المحتاج (٢/ ٣٨٩).
(٤) أخرجه البخاري في الشروط (٥/ ٤١٨) ح (٢٧٣٧)، ومسلم في الوصية (٣/ ١٢٥٥) ح (١٥/ ١٦٣٢).
(٥) انظر المحلى لابن حزم (٩/ ١٨٠).
(٦) الخلفاء سقطت من (أ).

ﷺ: «حبس الأرض وسبل الثمرة»[١] وفى طريق آخر فتصدق به عمر وكتب هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، على الفقراء وذوى القربى وفى سبيل الله وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف[٢]، ففيه أدلة: أحدها قوله ﷺ: «حبس الأرض» وذلك يقتضى التأبيد وانتفاء الرجوع فيه، والثانى أن عمر استشار رسول الله ﷺ فى ذلك فأشار عليه به فدل على أنه يلزم وإلا لم يكن قد دله على مراده، والثالث أنه كتب لا يباع ولا يوهب ولا يورث بعد إذنه ﷺ فيه لأنه تحبيس أصل على وجه القربة فلم يفتقر إلى حكم حاكم، أصله المسجد.

وقولنا أصل[٣] احترازًا من الحيوان والعروض على إحدى الروايتين، ولأنه ضرب من العطية يلزم بعد الوفاة بالوصية فوجب أن يلزم بفعله حال الحياة، أصله الهبة والصدقة، ولأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يفتقر إلى حكم حاكم، أصله العتق ويزيد[٤] فى الفرع إزالة ملك عن منافع الرقبة المحبسة.

فصل

ويجوز ذلك فى المحوز والمشاع خلافًا لأبى يوسف ومحمد[٥]، لحديث عمر أنه أصاب مائة سهم وذلك يقتضى أنه مشاع، ولأنها عرضة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمحوز.

وعنه فى حبس غير العقار من الحيوان روايتان: إحداهما المنع، والأخرى الجواز، ومن أصحابنا من يقول إن حبس الخيل جائز، وإنما الخلاف فى غيرها[٦] فوجه المنع أن الأخبار إنما وردت فى العقار دون غيره فلم يجز تعديه، ولأن الحبس والوقف إنما يراد

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب أصلاً).

(٤) ثبت فى (ب) نريد.

(٥) قال الشيخ المرغينانى: ووقف المشاع عند أبى يوسف لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمتهُ، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط. انظر الهداية (٣/ ١٦)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٩٢).

(٦) ذكرهما ابن عبد البر فى الكافى وقال: وتحبيس الخيل فى سبيل الله جائز واختلف قول مالك فى تحبيس غير الخيل من الحيوان فكرهه مرة وجوزه أخرى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٧٦، ٧٧).

للتأبيد والدوام وذلك لا يمكن إلا فى العقار فلم يجز فى غيره مما يتغير ولا يدوم، ألا ترى أن الشفعة لما استحقت لإزالة الضرر على وجه الدوام اختصت بالعقار دون غيره لأن الدوام لا يوجد فى غيره غالبًا لسرعة تغيره، ووجه الجواز قوله ﷺ: «إنكم تظلمون خالدًا إنه حبس أذرعه وأعبده فى سبيل الله»[1] والأذرع الخيل وروى أن أبا معقل وقف بعيرًا له فقيل لرسول الله ﷺ فلم ينكر وإن أم معقل قالت: يا رسول الله أريد الحج وإنه وقف السبيل فأركبه فقال: «اركبيه، فإن الحج من سبيل الله»[2]، ولأنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار.

فصل

الربع الموقف أو المحبس حبسًا محرمًا لا يجوز بيعه إذا خرب ولا الاستبدال به بوجه لأن فى بيعه إبطال شرط الواقف وحلاً لما عقده وذلك غير جائز، واعتبارًا به إذا لم يخرب، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان فلم يكن فى تبقيته إتلاف له لجواز عودة العمارة إليه، ولأن فى بيعه إبطالاً لحق من جعل له فيه حق بعد هذا البطن[3] ولا سبيل إلى ذلك وجواز بيعه[4] محكى عن ربيعة وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه[5] فى هذا الوقت[6].

فصل

وأما الفرس أو غيره إذا كلب أو حطم أو هرم وخيف عليه العطب فيجوز بيعه عند

(١) أخرجه البخارى فى الزكاة (٣/٣٨٨) ح (١٤٦٨)، ومسلم فى الزكاة (٢/٧٦) ح (١١/٩٨٣).

(٢) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/٢١١) ح (١٩٨٨)، وابن ماجه فى المناسك (٢/٩٩٦) ح (٢٩٩٣) مختصرًا.

(٣) ثبت فى (ب) النظر.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠).

(٥) ثبت فى (أ) ونسيت تحققه وفى (هـ) ولنست أتحققه.

(٦) قال ابن عبد البر: وقال مثل قول ربيعة عبد الملك فيما يئس من عمارته ولا ينتفع به أن يجعل ثمنه فى مثله وقال بقول ربيعة فى جواز بيع الأحباس طائفة من المالكيين. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٩).

وقال الشيخ ابن عرفة: وفى رواية أبى الفرج عن مالك: إن رأى الإمام بيع ذلك لمصلحة جاز ويجعل ثمنه فى مثله. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٩١).

ابن القاسم ولا يجوز بيعه عند عبد الملك[١]، فوجه قول ابن القاسم إنه إذا لم يبق فيه منفعة فى الحال ولا فى المترقب فى الوجه الذى حبس عليه لم يكن فى تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف وذلك غير جائز لأن إضاعة المال منهى عنها ومتى بيع هذا الفرس الذى قد كلب أو دخل العيب قوائمه لم يكن القتال عليه أمكن أن ينتفع به مشتريه فى غير ذلك الوجه بأن يطحن عليه أو يعمل عليه وابتيع بثمنه غيره فكان ذلك أولى من إضاعته، ولأن فى تبقيته ومنع بيعه إنما يراد لئلا يبطل شرط الواقف متى بيع وتبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض[٢] مسده أولى.

ووجه قول عبد الملك اعتباره بالرباع بعلة أنها عين أبد حبسها فلم يجز بيعها، فإذا ثبت هذا وبيعت على قول مالك وابن القاسم جعل ثمنها فى مثلها إن بلغ وإلا أعين به فى مثله وانتفع فى ذلك الوجه الذى حبس الأصل فيه لأن بدل الشىء يقوم مقامه وهذا كله على قول[٣] إن حبس الحيوان جائز، فأما إذا قال إن حبسه لا يصح فلا معنى لهذا الفرع ويجوز على الإطلاق.

فصل

الألفاظ التى ينعقد بها الوقف هى أن يقول وقفت وحبست وتصدقت وما أشبه ذلك مما يفيد معناه[٤] فأما لفظ الوقف فإنه صريح فى التأبيد فإذا قال وقفت هذا الدار وقال هذه الدار وقف كان هذا القدر كافيًا فى تأبيد[٥] تحريمها فلا يرجع ملكًا أبدًا وإن ضم إلى ذلك أن يقول وقف لا تباع ولا توهب ولا تورث فذلك تأكيد والاقتصار على لفظ الوقف كاف.

وإنما قلنا ذلك لأن مفهوم هذه اللفظة فى العرف أنه يقصد بها السبيل وتأبيد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام فوجب الحكم بذلك فيها، فأما لفظ الحبس فهو أن يقول دارى هذه حبس فى وجه كذا أو لا يقول، لكن إن قال حبس فقط أو قال قد حبستها

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠).
(٢) بعض سقطت من (ب).
(٣) ثبت فى (ب) قوله.
(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠١٣)، وانظر بلغة السالك (٢/ ٢٧٦).
(٥) ثبت فى (ب) تأثير.

فإنها تكون حبسًا[١] فى الوجه الذى جعله فيه وإن لم يذكر له وجهًا بل قال: حبس فقط صرف فى وجوه البر والخير، فأما الحكم فى تأبيده فينظر فإن لم ينضم إلى ذلك أن يقول: وقف لاتباع ولا توهب أو غير ذلك مما يفيد التأبيد وكانت على معين أو جماعة بأعيانهم غير مجهولين ولا موصوفين مثل أن يقول: حبس على فلان لرجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولم يذكر عقبًا ولا نسلاً فقد اختلف قوله فى ذلك هل يتأبد أم لا ففيه روايتان[٢]: إحداهما أنه لا يتأبد ويصرف أولاً فى الوجه الذى جعله فيه [فإذا زال عاد ملكًا له إن كان باقيًا أو لورثته إن كان ميتًا، والأخرى أنه يتأبد فيصرف أولاً فى الوجه الذى جعله][٣] فيه فإذا انقرض عاد حبسًا إلى أقرب الناس بالمحبس عليه، فإن لم يكن له قرابة عاد إلى الفقراء والمساكين، فأما إن انضم إلى لفظ الحبس فى المعنيين[٤] بعض ألفاظ[٥] التأبيد مثل أن يقول حبس وقف أو محرم أو مؤبد أو لا تباع ولا توهب أو جعل إطلاق لفظه فى مجهولين أو موصوفين كالفقراء والعلماء أو بنى تميم[٦] أو فلان وعقبيه أو على ولدى وعقبهم ولم يعين ولا ذكر مرجعًا فلا يختلف المذهب فى هذين الوجهين أنهما يفيدان التأبيد والتحريم، فأما لفظ الصدقة وهو أن يقول هذه الدار صدقة على فلان فإنه على وجهين: أحدهما أن يريد تمليكه الرقبة والآخر أن يريد الحبس فإن أراد المتصدق تمليك الرقبة جاز وكان ملكًا للمتصدق عليه كالهبة، وإن أراد معنى التحبيس فذلك على وجهين إن كان على رجل معين أو قوم معينين غير مجهولين ولم يذكر عقبى ففيها روايتان على ما بيناه فى لفظ الحبس:

إحداهما أنه لا يتأبد فيصرف أولاً فيمن نص عليه فإذا انقرض ذلك الوجه عادت ملكًا، والأخرى أنها تتأبد فتصرف فى الوجه الذى جعلت فيه فإذا انقرض عادت إلى الفقراء والمساكين، وأما إن جعلها فى قوم مجهولين أو موجودين لا يحاط بعددهم كبنى تميم وبنى تغلب أو على موصوفين كالعلماء والفقراء أو شرط فى المعينين أعقابهم فإنها تتأبد ولا تكون ملكًا وكذلك ذكر ابن عبد الحكم[٧] عن بعض أصحابنا فى هذا إذا قال

(١) ثبت فى (أ) حبسها.

(٢) ذكرهما ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠١٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (أ) فى الهيئتين.

(٥) ثبت فى (أ) لفظ.

(٦) بنى تميم: سقطت من (ب).

(٧) ما أثبتناه من (أ) وفى (ب) ابن عبدوس.

صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا أنها تكون ملكًا لآخر عقيب من رجل أو امرأة ويتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثر أصحابنا يرونه حبسًا وهذا الذى قاله ليس بشىء والصحيح أنها تكون حبسًا، وأما إذا أطلق لفظ الصدقة ولم يضم إليه ما يقتضى معنى الحبس لا من لفظ التأبيد ولا من صفات المتصدق عليهم فلا يكون معنى الحبس لأن ظاهر الصدقة تقتضى تمليك الرقبة، وإنما ينصرف إلى الحبس بقرينة تنضم إليه، فأما إن جمع بين لفظ الحبس والصدقة فقال هذه الدار حبس صدقة أو قال حبس فإن ضم إلى ذلك لا تباع ولا توهب أو قال محرمة أو مؤبدة أو وقف فلا يختلف المذهب إنما تتأبد بذلك، وإن لم يقل إلا حبسًا صدقة أو صدقة حبسًا ولا ذكر مجهولين ولا عقبى فاختلف أصحابنا فى تخريج قول مالك فيها: فمنهم من قال إنها على روايتين كقوله حبسًا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة إنها ترجع حبسًا ولا تعود ملكًا هذه جملة مما ذكره أصحابنا فى ألفاظ الحبس والوقف ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل

قد بينا أن لفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم والتأبيد، ووجه قوله فى الحبس المطلق على المعنيين أنه يرجع ملكًا هو أن مجرد لفظ التحبيس لا يقتضى التأبيد والتحريم لا من لفظه ولا من معناه لأن لفظه مجرد على التحريم ومعناه أن[1] المنفعة لمن جعلت فقط حبس عليهم لا تخرج عنهم فأما تحريمها بعد انقراضهم لأنه مما لا يستفاد به فإذا كان كذلك وجب عودها ملكًا للمحبس [لأنها على أصل ملكه لزوال الحق الذى يتعلق بها فإذا وصفت بالتأبيد والتحريم][2] فقد انضم إلى لفظه ما دل على المراد به فلذلك قلنا إنه مؤبد وكذلك إذا جعل على مجهولين أو موصوفين فإنه يقوم مقام التأبيد والتحريم ويدل على أن المحبس أراد ألا يرجع ملكًا لأنه ملك منفعتها لمجهولين لا يحاط بعددهم ولا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفين بصفة لأن ذلك ينتظم الموجودين والمعدومين فدل هذا على أنه قصد بذلك التحريم.

ووجه قوله أنها تكون حبسًا محرمة قوله ﷺ لعمر رضى الله عنه «حبس الأصل وسبل الثمرة»[3] وموضع التعلق منه أن عمر أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تبتدأ وهى

---

(١) ثبت فى (أ) لأن.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) تقدم تخريجه.

تمليك رقبته فأشار عليه بأن يحبس أصله ويسبل الثمرة، فدل على أن الأصل يتأبد تحريمه ولو لم يكن كذلك لم يكن الغرض حاصلاً لأنه كان يعود إلى ملكه فيبطل غرضه فى التصدق به، ولأن إطلاق القول أن هذا حبس منافعه على التأبيد مستحقه لأنه لم يقيد ذلك بوقت دون وقت فكان الإطلاق مقتضيًا للتأبيد وليس يخرجه عن ذلك بيانه لمن حبست عليه أن يقول حبس على فلان لأن ذلك لا يفيد تقييد الحبس[1] وإنما يفيد التبدئة فقط، ولأنه لفظ يقتضى التحبيس فوجب أن يستحق التأبيد بإطلاقه، أصله لفظ الوقف، ولأن لفظ حبس مطلق فوجب أن يقتضى التحريم، أصله إذا كان على مجهولين.

فصل

وأما لفظ الصدقة فإن أراد به وجه الحبس [فقد بينا أن الاختلاف فيه كهو فى لفظ الحبس][2] فوجه القول بأنه لا يتأبد أن إيجابه التصدق بالمنفعة[3] على زيد أو ولده المعينين أو فى وجه كذا لا يوجب التحريم لا من لفظه ولا من معناه وإنما يقتضى تبقيته ما دام الوجه صرف فيه باقيًا فإذا زال عاد إلى ملكه بالأصل، ووجه القول بأنه يوجب التأبيد أن إطلاق لفظ التصدق به يفيد التخلى منه فكان كالوقف.

فصل

فأما إذا جمع بين اللفظين[4] فوجه القول بأنه لا يتأبد أن ذلك مبنى على أن كل واحد بانفراده غير متأبد، فإذا جمعهما لم يتم جمعه بهما التأبيد لأن الجمع بين اللفظين لا يجعل لهما حكمًا يخالف حكم الانفراد، ووجه القول بالتأبيد أن فائدة التأبيد تحريم المحبس وتأبيده كقوله: لا يباع ولا يوهب.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا جعله فى قوم مجهولين أو موصوفين أن ذلك يكون على التأبيد فلأن غير المحرم إنما يعود إلى المحبس بشرط انقراض المحبس عليهم فإذا صرفه إلى

---

(١) ثبت فى (أ) الحق.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت فى (أ) بالنصف.

(٤) ثبت فى (ب) الوصفين.

المجهولين علمنا أنه أراد التأبيد بأنه لا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفون لأن ذلك ينتظم المعدوم والموجود وذلك يقتضى تعلق حقهم به ما أمكن وجودهم وكذلك[١] العقب يقتضى التأبيد إلا أن يكون أصله معينًا فإنه يتعين بتعيين أصله.

وإنما قلنا إنه إذا قال هذه الدار حبس ولم يعين الوجه الذى تصرف فيه فإنها تصرف فى وجوه الخير والبر لأن الحبس والوقف يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه وذلك يتعين بتعيينه فإذا لم يعينه كان مطلقًا فيها ولم يجز إبطاله لأنه لو صرح بذلك لكان هذا حكمه.

ومن شرط الحبس والوقف أن يخرج من يده فى صحته فإن أقام فى يده حياته أو إلى مرضه الذى مات فيه فإنه يبطل ويكون ميراثًا إلا أن يكون أخرجه عن يده مدة يسيرة فيها ثم أعاده إلى نظره فكان يصرف غلاته فى وجوهها ويقوم بها فإن ذلك لا يبطل الحبس.

وإنما قلنا ذلك لحديث أبى بكر رضى الله عنه أنه كان نحل عائشة رضى الله عنها جذاذ عشرين وسقًا فلم يقبضه حتى مرض مرضه الذى مات منه فقال لها: لو كنت حزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث[٢]، ولأن ذلك طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله فى حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته فلا ينفع الحجر عليه شيئًا فأما إن عاد إليه فكان يليه ويصرف غلاته فى وجوهها وسبلها[٣] فإنه لا يبطل لأن التهمة تزول عنه إذا كان أخرجه عنه مدة بينة وأشهر[٤] أمره، ولا حد لهذه المدة إلا ما يعلم فى مثله أنه لم يقصد انتفاعه بالمال[٥] حياته وأدوا ورثته عنه، وابن القاسم يحد فيه سنة لأنها مدة وضعت للاختبار كإقامة البكر عند الزوج العنين وعهدة السنة، وكان شيخنا أبو بكر [رحمه الله][٦] يقول: القياس ألا يصح رجوعه إلى يده طالت المده أو قصرت.

وإنما قلنا إنه إذا كان المحبس عليه من هو فى ولايته فإن قبضه له قبض وكذلك الهبة

(١) ثبت فى (ب) ذلك.
(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٢٩٥) ح (١٢٠٠٤).
(٣) ثبت فى (ب) ويسَبلها.
(٤) ثبت فى (أ) وأشهد.
(٥) ثبت فى (ب) بالملك.
(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

لأنه ليس من أهل القبض لنفسه والنظر لها فكان قبض وليه قبضًا له فلا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير لأن ذلك ذريعة إلى أن ينتفع بماله حياته ثم يخرجه عن ورثته بعد موته فوجب حسم الباب بمنعه.

فصل

وإنما قلنا إن المحبس المتأبد إذا انقرض الوجه الذى جعل فيه عاد إلى أقرب الناس بالمحبس لأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأباعد، وقد قال ﷺ: «لا يقبل الله صدقه وذو رحم محتاج»[١] ،وقال لأبى طلحة: «اجعلها فى الأقربين»[٢]، وقال ﷺ: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول»[٣].

فصل

الوقف فى الصحة من رأس المال وفى المرض أو الوصية من الثلث[٤] لأن الصحيح لا يتعلق عليه حجر[٥] لأحد فى ماله ولا الوارث ولا غيره فكانت عطاياه وهباته من رأس المال، والمريض محجور عليه من أجل ورثته فما يفعله موقوف على الثلث بعد موته لأنه ليس له أن يخرج عنهم زيادة على الثلث بعد موته لأن ذلك تقدير ما جعل له، وإنما لم يحكم بتنجيزه من الثلث فى الحال لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط لأن الاعتبار ما يتركه بعد الموت لا قبله فيؤدى إلى أن يكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة وذلك غير جائز.

فصل

ووقف الإنسان على نفسه لا يصح[٦] خلافًا لما يحكى عن أبى يوسف[٧] لأنه إذا

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه البخارى فى الزكاة (٣/ ٣٨١) ح (١٤٦١)،ومسلم فى الزكاة (٢/ ٦٩٣) ح (٤٢/ ٩٩٨).

(٣) ذكره البخارى معلقًا انظر فتح البارى (٥/ ٤٤٣) مختصرًا ومسلم فى الزكاة (٢/ ٧١٧) ح (٩٥/ ١٠٣٤) واللفظ له بتمامه.

(٤) انظر المدونة (٤/ ٣٤٤)، وذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠١٥)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٢).

(٥) ثبت فى (ب) حجه.

(٦) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٠)، انظر بلغة السالك (٢/ ٢٨١).

(٧) قال الشيخ المرغينانى: وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبى يوسف. انظر الهداية (٣/ ٢٠)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ١٣٦).

ملك شيئًا بضرب من ضروب الملك لم يملك نقله إلى نفسه بغير ذلك الوجه، أصله إذا وهب لنفسه شيئًا من ماله.

فصل

وإن وقف فى مرضه أو وصيته شيئًا على ورثته خاصة دون غيرهم لم يصح ذلك وكان ملكًا للورثة لأن ذلك يجرى مجرى الوقف على نفسه ولأنه يوقف[1] عليهم ملكهم ويمنع التصرف فيه وذلك غير جائز فيه، وإن وقف على بعضهم لم يجز أيضًا، فإن دخل معهم أجانب نفذ[2] الوقف من الثلث وقسم نصيب الورثة على الشرط الذى شرطه وأخذ الأجانب حقوقهم، وإنما يصح الوقف إذا دخل فيه الأجانب لأنه قد وقفه على من يصح الوقف عليه ولم يرد تفضيل بعض الورثة على بعض.

وإذا وقف على بعض ورثته وعلى أجانب كان ما يصيب الوارث بينه وبين باقى الورثة، ومن مات من الورثة، الذين لم يدخلهم فى الوقف قام وارثهم مقامهم لأنه لا يرث عنه جميع حقوق المال التى كانت له فإذا مات الوارث الموقوف له انقطع حق باقى الورثة فيما كان يصيبه خاصة فإذا مات جميع الورثة الموقوف[3] عليهم انقطع حق باقى الورثة جملة وحصلت بغير الورثة.

فصل

إذا حبس على جماعة شيئًا ثم جعله فى وجه آخر بعد انقراضهم فمات بعضهم: فإن كان ذلك الشيء مما يتجزأ أو ينقسم كالغلة والثمرة وما أشبه ذلك فإن حصة الميت تكون فى الوجه الذى جعل فيه بعد انقراضهم ولا يرجع على من بقى من أهل الحبس وإن كان مما لا ينقسم كالعبد يُختدم والدابة تركب ففيها روايتان: إحداهما أنه كالذى ينقسم [ترجع حصة الميت إلى الوجه الذى نفذه][4]، والأخرى أنه ترجع حصة من مات من أهل الوقف على من بقى منهم فإذا انقرض جميعهم صارت إلى الوجه الذى بعدهم[5].

(١) ثبت فى (أ) ولا يوقف.

(٢) ثبت فى (أ) بعد.

(٣) ثبت فى (ب) الموقف.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/١٠١٩)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٨٦/٤).

وإنما قلنا إنه إذا كان مما يتجزأ وينقسم فإن حصة الميت لا تعود إلى من بقى من أهل الحبس لأن كل واحد منفرد عن حق الآخر لا تعلق به وكان موته فى وجوب عود نصيبه إلى من بعده كموت الجميع، ولأن الحبس لا يورث بالشركة فلو قلنا: إن حصة الميت تعود إلى من بقى من غير شرط المحبس لذلك لكان كالميراث، ووجه قوله فيما لم ينقسم أن حصة الميت لا تعود إلا من معه[1] منهم اعتباراً بما يقسم، [ووجه قوله][2] إنها تعود إلى من كان معه فى الحبس أن الضرر يحصل فى ذلك لسوء المشاركة بخلاف المتميز والأول أقيس.

وإن كان الحبس مسكنًا فإنه على وجهين إن حبس عليهم للغلة فعلى ما ذكرناه من المتميز المنقسم وإن كان للسكنى فعلى الخلاف.

إذا أسكن إنسانًا داره إلى مدة معلومة فقد ملك المسكن الانتفاع بتمليك المدة وليس للمالك الرجوع فيه فإن مات [الرجل المحبس عليه فبقيت السكنى إلى المدة لورثته لأنه مات][3] عن حق له يصح الإرث فى نوعه فورثه وورثته كما لو كان على معاوضة، وتقييده بالنوع احترازاً من الوطء، وإن دفع صاحب الدار إليه شيئًا على أن يدع السكنى جاز لأن ذلك ليس بمعاوضة وإنما انتقال من هبة إلى هبة ولأن الأصل الإسكان قربة والقربة قد سومح فيها عما غلظ فى المعاوضة كجواز الشركة والتولية فى بيع الطعام قبل القبض وكذلك القرض والهبة وبيع المكاتب كتابته بما لا يجوز بيعها من الأجنبى وما أشبه ذلك لحرمة العتاقة وأنه ليس القصد محض المعاوضة وإنما القصد كمال الحرية والرفق بالعبد كذلك ها هنا.

فصل

وإذا أطلق الحبس ولم يشترط تقديمًا ولا تبدية فإن يؤثر فى الإسكان والقسمة[4] أهل الحاجة[5] لأن أصل الحبس إنما يقصد به القربة والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة لأصل

---

(١) ثبت فى (أ) بقى.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ما أثبتناه من (ب،هـ) وهو المناسب وفى باقى النسخ (والقيمة).

(٥) ذكره ابن عبد البر فى الكافى وقال: ومن حبس حبسًا ولم يجعل له وجهًا جعل فى وجوه البر والخير. انظر الكافى (٢/ ١٠١٤)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٧، ٨٨).

الحبس فيجب أن يكون من اشتد حاجته أدخل فى الاستحقاق ممن قل عنه، ولا يخرج من سكن لحدوث من هو أحوج منه لأن الأول سكن بحق فكان أحق بالحيازة والسبق فإن شرط للحبس تقديمًا أو تبدية كان ما شرطه.

فصل

إذا حبس دارًا فسكن بيتًا صغيرًا أو شيئًا يسيرًا منها أو دورًا عدة فسكن دارًا منها يسيرة فيما بقى جاز الحبس كله ما يسكن وما لم يسكنه [وإن سكن شيئًا كثيرًا بطل الحبس ما سكنه وما لم يسكنه][1]، وقال ابن القاسم يجوز ما لم يسكنه ويبطل ما سكنه ولم يفرق فى الموضعين بين القليل والكثير وقيل يبطل الجميع[2].

فوجه القول بأنه لا يبطل إذا كان سكنًا يسيرًا هو أن ذلك لا تهمة فيه أن يكون أراد الانتفاع بماله حياته وصرفه عن ورثته بعد موته لأن القدر الذى ينتفع به يسير الخطب كاللبن يشربه من غنم يحبسها أو التمر اليسير يأكله من حائط يحبسه، ولأن سكناه فى الغالب لمراعاته وحفظه والنظر فى مصالحه.

ووجه القول بأنه ينفذ مالم يسكن ويبطل ما سكن لأن ما سكن لم يحز عليه فلم ينفذ حبسه عليه، وما لم يسكنه فقد حيز عليه فزالت التهمة فيه فوجب نفوذ الحبس فيه، ووجه منع الجميع أن الحبس إذا كان واحدًا بطل جميعه ببطلان بعضه لأن حكمه واحد غير متبعض.

فصل

العمرى[3]: هبة منافع الدار عمر الرجل مدفوعة إليه وليست بتمليك الرقبة، وصفتها: أن يقول رجل لرجل: أعمرتك هذه الدار أو أسكنتكها حياتك أو عمرك أو

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١٠١٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٢).

(٣) العمرى فى اللغة: العُمْرى بضم العين نوع من الهبة مأخوذ من العمر قال أبو السعادات: يقال أعمرته الدار عُمرى أى: جعلتها له يسكنها مده عمره فإذا مات عادت إلىَّ كذا كانوا يفعلونه فى الجاهلية. انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٢٩١)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/ ٩٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض =

مدة بقائك أو منحتكها أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التى يفهم منها تمليكه المنافع عمره، وهذا لم يملكه رقبة الشيء وإنما ملكه المنافع فما دام المعطى حيًا فالمنافع له بقى المالك أو مات، وإن مات المعطى عادت إلى المالك إن كان حيًا أو إلى ورثته إن كان ميتًا ميراثًا كسائر تركاته وعند الشافعى أن المعمر يملك رقبة الدار إذا[1] أعمرها[2].

وإنما قلنا ذلك لأن المعمر لما شرط للمعطى أن تكون له عمره علمنا أنه أراد تمليك الانتفاع لأن تمليك الرقبة لا يصح إلا على التأبيد دون اشتراط العمر لأنه لو قال ملكته هذه الدار عمرك أو حياتك أو مادمت حيًا لم يصح ذلك ولم يملكها فعلم بتوقيته إياها بالمدة أنه أراد السكنى دون الرقبة وهذا إذا قال: أعمرتك ولم يذكر العقب، فأما إن قال: لك ولعقبك فإنها تكون للمعمر حياته فإذا مات كانت لورثته أبدًا ما بقى من عقبه إنسان فإذا انقرض عقبه ولم يبق منهم أحد عادت إلى المالك إن كان حيًا أو إلى ورثته إن كان قد مات[3] على ما بيناه.

= إنشاء. وقال الشيخ الأبى: هى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبة لا هبة الرقبة. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع: (٢/ ٥٥٠)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٨).

(١) ثبت فى (أ) إلى.

(٢) ذكره الإمام النووى وقال: قولان أظهرهما وهو الجديد أنه يصح وله حكم الهبة، والقديم أنه باطل. وقيل: إن القديم: أن الدار تكون للمعمَّر حياته فإذا مات عادت إلى الواهب أو ورثته. انظر روضة الطالبين (٥/ ٣٧٠). وقال الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقى: هو أحد قولى الشافعى. انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣٥٨).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢١، ١٠٢٢)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٧، ٥٥٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٠٨).

باب

عقد الصدقة والهبة[(١)] يصح ويلزم من غير قبض، لكن القبض شرط فى نفوذه وتمامه، فإن قال تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك، أو وهبته لك ولم يرد بالهبة عوض الثواب فقال قد قبلت منك فقد انعقد وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع فيه ويلزمه إقباضه[(٢)] للموهوب له أو المتصدق عليه إذا طالبه ويجبر على ذلك إن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض فإن مات[(٣)] المقبوض له أو المتصدق عليه وهو على المطالبة بالإقباض غير متراخٍ فى ذلك ولا راضٍ بتبقيتها فى يد الواهب أو المتصدق لم يبطل بموته ولورثته من المطالبة مثل ما كان له وإن تراخى الموهوب أو المتصدق عليه فى المطالبة بالإقباض أو أمكنة قبضها فلم يقبضها حتى مات الواهب أو مرض بطل ولم يكن له شىء، وقال أبو حنيفة[(٤)] والشافعى[(٥)] لا تنعقد إلا بالقبض وما لم تقبض تكون جائزة غير لازمة[(٦)].

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، وقوله ﷺ: «الراجع فى

(١) الهبة فى اللغة من وَهَبه وهْبًا ووَهَبًا وهبة والموهبة العطية. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ١٣٨).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: الهبة لا لثواب تمليك ذى منفعة لوجه المعْطَى بغير عِوضٍ. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٥٢).

وقال: الشيخ أحمد الدردير: الهبة: تمليك بلا عوض. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٩٧).

والصدقة تمليك ذى منفعة لوجه الله بغير عوض. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٥٤) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٩٧).

(٢) ثبت فى (ب) اقتضاه.

(٣) فإذا مات: سقطت من (أ) فى (هـ): وإن مات الموهوب له.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/ ٢٥١)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٣٠١).

(٥) قال الإمام النووى: لا يحصل الملك فى الموهوب والهدية إلا بقبضهما هذا هو المشهور وفى قول قديم: يملك بالعقد كالوقف، وفى قول مخرج الملك موقوف فإن قبض تبيّنا أنه ملك بالعقد. انظر روضة الطالبين (٥/ ٣٧٥)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٥٩٨).

(٦) ثبت فى (ب) تكون جائزًا غير لازم.

هبته كالراجع فى قيئه»[١] ولم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض أو بعده، ولأنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود، ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية.

فصل

إذا تصدق على ولده الصغير أو وهب له فحيازته له جائزة إذا كان قد ميز الصدقة أو الهبة وأشهد عليها[٢] لأنه هو القابض له إذ الصغير ليس ممن يصح قبضه ولابد من قابض له، وإنما شرطنا أن يميز ذلك ويشهد عليه لتثبت له الصدقة أو الهبة بغير قول الأب وإلا تطرق منه الوصية للوارث، وهذا إذا كان مما يمكن أن تعينه والإشهاد عليه، فأما ما لا يمكن ذلك فيه ما لا يتعين كالذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون فلا يصح قبض الأب له لأنه لا يمكن الإشهاد على عينه لأنه لا يتميز للشاهد وقت إقامة الشهادة لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذى أشهد عليه فإن جعلها على يد أجنبى يكون قابضًا لهم جاز.

قال شيخنا أبو بكر ويجوز أن تكون بيد الأب إذا جعلها فى شىء وختم عليها وأشهد عليها لأنها تتميز ويمكن الشهادة عليها فيكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه[٣].

فصل

تصح هبة المشاع كما تصح هبة المقسوم وتجوز من الشريك وغيره فيما تتأتى قيمته وفيما لا تتأتى [خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن المشاع الذى يمكن فيه قسمة لا تصح هبته[٤]][٥] على وجه، ولأن كل مشاع جاز[٦] بيعه جازت هبته كالمقسوم، ولأن كل عقد

(١) أخرجه النسائى فى الهبة (٦/ ٢٢٢) باب (رجوع الوالد فيما يعطى ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر فى ذلك)، وابن ماجه فى الهبات (٢/ ٧٩٥) ح (٢٣٧٧).

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى (٢/ ١٠٠٣)، انظر الثمر الدانى للشيخ الآبى (ص ٥٥٦/٥٥٥).

(٣) ثبت فى (أ) به.

(٤) أما هبة المشاع فيما لا يقسم جائزة. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٥٢)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٣٠٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) كل ما جاز.

صح فى المشاع الذى لا ينقسم [صح فى الذى ينقسم][١] كالبيع.

فصل

إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من أرض أو دار وأشهد عليه ففيه روايتان: إحداهما جواز الصدقة[٢] والأخرى بطلانها[٣]، والهبة مثل الصدقة فوجه الجواز أن العين الموهوب بعضها مما يتعلق ويمكن الإشهاد عليها فالمشاع منها فى حكم المقسوم، ووجه المنع أن نفس الموهوب غير متميز ولا معين فأشبه المنفرد الذى لا يتعين والأول أصح.

فصل

الهبة على ضربين: ضرب منها يقصد بها الثواب، والآخر لا يقصد بها الثواب بل يكون على وجه المودة والمحبة وصلة الرحم، فأما الضرب الأول الذى يقصد به المكافأة والعوض فحكمه حكم المعاوضات ويراعى فيه ما يراعى فى البيع ولا يفارقه إلا فى وجه واحد وهو السكوت عن البدل فيه وعن مقداره فأما ما عدا ذلك من أحكامه فإنه يجرى مجرى سائر المعاوضات.

وإنما قلنا إنها جائزة على هذا الوجه لأنها تفعل على وجه المودة، وإيثار المكارمة والمواصلة وإن كان المقصود به المكافآت فعلها على هذا الوجه له تأثير فى التودد والتحبب فكانت فى معنى نكاح التفويض فى المسامحة بترك ذكر العوض ومقداره، وروى أن النبى ﷺ أثاب على اللقحة[٤] وطلب صاحبها الثواب فلم ينكر[٥] عليه بل أنكر سخطة الثواب وكان زائدًا على القيمة[٦]، فأما الضرب الآخر الذى لا يقصد به الثواب فلا يستحق عليه ثواب ولا مكافآت لأن الواهب لم يرد ذلك وإنما أراد التمليك بغير عوض.

(١) ما بين معكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. وقال: وبه آخذ إذا كان حقيرًا. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٩).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٩).

(٤) اللقحة. الناقة الحلوب أو التى نتجت لقسوح إلى شهرين أو ثلاثة ثم هى لبون. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٢٤٧).

(٥) ثبت فى (أ) فلم يطلب.

(٦) أخرجه الترمذى فى المناقب (٥/ ٧٣٠) ح (٣٩٤٥)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٦٢).

فصل

فإن اختلفا فادعى الواهب أنه وهب للثواب وقال الموهوب له بل لغير الثواب فالمرجع فى ذلك إلى أحد أمرين: إمـا إلى شرط إن كان بينهما فإن اعـترف به الموهوب له لزمه وإن أنكره فالقول قول الواهب إذا أشكل وتحاكما فـيه إن كان يشبه، وإن كان لا يشبه، فالقول قول مدعى الأشبه منهما[١]. [٢]

والقسم الآخر الذى يرجع فيه إليه وهو العـرف فينظر: فإن كانت العادة والعرف أن الواهب يرى أنه يريد الثواب وأن مثله إنما يهب مثل ذلك الموهوب لعوض[٣] يناله منه أو مكافأة[٤] فالقول قوله وذلك مثل هبة الفقير للسلطان والغنى[٥] وما أشبه ذلك فالعادة فى هذا أنه يريد منه المكافآت، وأما هـبة الغنى للفقير والسلطان لأتبـاعه والرجل يهدى إلى العالم والصالح فالعرف فى مثل هذا أنه للمودة لا للثواب.

وأما النظر أو الأمثـال فعلى حسب ما يعلم من دلائل الحال وعلى قـدر الهبة[٦] هل يقصد به الثواب أم هى مما يقبح فى العرف طـلب الثواب فى مثلها، وعنه فى هبة أحد الزوجين للآخر روايتان: إحداهما أنها تقتضى الثواب لتميز الملكين وإن المعاوضة مطلوبة بينهما، والأخرى أنها لا تقتضى الثواب لأن العرف جار بأن كل واحد يتقرب إلى الآخر بالهدية والهبة ويحب التودد إليه وإحراز الحظوة عنده[٧].

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فمن وهب له شىء للثواب فهـو بالخيار إذا قبل الهبة إن شاء أثاب فيها فمـا زاد وإن شاء ردها، فإن أثاب قيمتها أو زيادة عليهـا لزم واهبها قبول ذلك ولا مقال له وإن قال: لا أرضى بقيمتها، وإن أثاب دون القيمة فالواهب بالخيار إن شاء قَبِلَ

---

(١) منهما: سقطت من (ب).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٠٦).

(٣) ثبت فى (ب) بغرض.

(٤) ثبت فى (أ) مكافآت.

(٥) ثبت فى (ب) الأغنياء.

(٦) ثبت فى (أ) الهدية.

(٧) ذكره فى المدونة، انظر المدونة (٤/٣٣٩)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٠٦).

الثواب وإن شاء رده وارتجع هبته، فإن فاتت عند الموهوب منه لزمه قيمتها، والفوت مثل الحمل والموت أو العتق أو نقص فى البدن، وقد اختلف عنه فى زيادة الجسم أو السوق، فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه فوت والأخرى أنه ليس بفوت، ولا تفتقر هبة الثواب إلى حيازة[١].

فصل

وإنما قلنا إن الموهوب مخير بين الإثابة أو الرد لأنها معاوضة فلا يلزمه إلا باختياره إذا لم يتعلق بها حق الغير كسائر المعاوضات، وإنما قلنا إنه إذا قبلها لزمه الثواب فلأن الواهب ملكه إياها بشرط العوض إما لفظًا أو عرفًا فلزمه ما دخل عليه كالبيع، وإنما قلنا إن الثواب ما يتراضيان به اعتبارًا بنكاح التفويض لأنه عقد يشترك فيه العوض وطلب المودة والمواصلة فسومح[٢] فيه بترك تسمية العوض فكذلك الهبة إذا سكتا عن ذكر العوض فوقف على تراضيهما، وإنما قلنا إنهما إذا لم يتراضيا فالموهوب مخير إن شاء أثاب عنها القيمة وإن شاء ردها، وأنه إذا أثاب القيمة لزم الواهب قبولها، اعتبارًا بنكاح التفويض [فى تخيير الزوج إذا لم يتراضيا على فرض ببذل صداق مثل الذى هو قيمة البضع أو الطلاق وكذلك فى الهبة، وإنما قلنا إنه لا يلزمه إرضاؤه بما يزيد على القيمة اعتبارًا بالتفويض على ما بيناه][٣].

وإنما قلنا إنه لا يراعى عرف فى مكافآت مثل تلك الهبة خلافًا للشافعى فى بعض أقواله[٤]، لأنه لا مدخل للعرف فى المكافآت إذ ليس فيها حد يرجع إليه لأن الملك العظيم قد يثيب على هدية تساوى مائة ألف وقد يثيب عشرة آلاف، وما بينهما وقد كان يحلو الموهوب فى نفسه فيزيد فى المكافآت عليه وكذلك غيره ممن يكافئ تختلف مكافآته بحسب حلاوة الموهوب فى نفسه ومحبته بنفع مهديه[٥] إليه فبطل اعتبار العرف فى ذلك

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٠٦).

(٢) ثبت فى (ب) فسوغ.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: إن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان قال فى القديم: لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض لأن العرف فى هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فصير كالمشروط. وقال فى الجديد: لا يجب لأنه تمليك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض. انظر المهذب للشيرازى (١/٤٤٧)، انظر مغنى المحتاج (٢/٤٠٤).

(٥) ثبت فى (ب) عهدته.

وإنما قلنا لا يكفى أقل ما يقع عليه الاسم خلافًا للشافعى[١] أيضًا، لأن العرف أن المهدى[٢] إذا دخل على زيادة على القيمة أو على مقدارها أو يرتجى المواصلة والمكارمة فإن أثاب على هدية قيمتها ألف بعشرة[٣] دراهم فإنه خلاف العرف الذى عليه دخل فلا يلزمه، وإنما قلنا إنه إذا فاتت لزمته قيمتها لأنه إذا كان ذلك هو الواجب عليه مع بقائها فكذلك فواتها وتأثير الفوت منع ردها فقط، وإنما كان العتق فوتًا لأنه لا يمكن ردها معه ولا فسخه والحمل ينقص قيمتها والموت عدمها.

ووجه قوله فى زيادة البدن والسوق أنه فوت واعتباره لتغير النقصان ووجه قوله أنها ليست بفوت أن ردها ممكن من غير ضرر يلحق أحدهما، وإنما قلنا: إنها لا تفتقر إلى حيازة لأنها معاوضة كالبيع، ولأن التهمة لا مدخل فيها كدخولها فى هبة غير الثواب.

فصل

فأما الهبة التى لا يقصد بها ثواب ولا مكافآت فعلى ضربين:

ضرب يراد به المودة والمحبة، وضرب يراد به وجه الله تعالى من صلة الرحم وذلك كهبة الغنى للفقير واليتيم فهذا الضرب صدقة فحكمه حكم الصدقة فلا يجوز الرجوع فيه بوجه لا من أب ولا من غيره[٤]، وإنما قلنا ذلك لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القربة إلى الله تعالى وابتغاء وجهه لا لغرض دنيا فلم يجز له الرجوع فيه، وعلى ذلك دل قوله ﷺ لعمر رضى الله عنه لما سأله عن الفرس الذى حمل عليه فى سبيل الله ثم رآه يباع: «لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد فى صدقتك»[٥]، وقوله ﷺ: «إنما الصدقة ليومها»[٦] يريد يوم القيامة، ومن هذا هبة الغنى للفقير والهبة لصلة الرحم وما

(١) قال الشيخ الشيرازى: فى قدر العوض ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى. والثانى: يلزمه قدر قيمته. والثالث: يلزمه ما جرت العادة فى ثواب مثله. لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره فى العرف. انظر المهذب للشيرازى (١/٤٤٨)، انظر مغنى المحتاج (٢/٤٠٤).

(٢) ثبت فى (أ) الموهوب.

(٣) بعشرة: سقطت من (أ).

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٠٧).

(٥) أخرجه البخارى فى الهبة (٥/٢٧٨) ح (٢٦٢٣)، ومسلم فى الهبات (٣/١٢٣٩) ح (١/١٦٢٠).

(٦) لم أجده.

كان بمثابة ذلك.

وإذا ثبت منع الرجوع فكذلك الانتفاع به لأنه ضرب من الرجوع إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيرًا أو يركب الفرس الذى فى سبيل الله أو ما أشبه ذلك مما يقل خطره.

فأما الضرب الآخر وهو الهبة للمودة والمحبة فليس لأحد فيها رجعة إلا للوالدين فيما وهباه لولدهما فلهما اعتصاره ما لم يداين أو يتزوج أو يطأها إن كانت جارية أو يكاتبه إن كان عبدًا أو ينفقه إذا كان مالاً أو يختلط بمثله إذا كان دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن أو يبعه فلا يكون للوالد سبيل إلى الارتجاع، وإذا كان الولد أيتامًا فلا عصرة للأم فيما وهبته، وليس لأحد رجوع فى هبته إلا [الوالدان][1] لا من قريب ولا من أجنبى لا جد ولا غيره من الأقارب[2].

فصل

وإنما قلنا إنه ليس للواهب سوى الوالدين الرجوع فى هبته خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن لهم ذلك[3]، قوله ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى[4] شبع قاء ثم عاد فى قيئه»[5]، ولأنه لا يلى على ماله إلا بتولية، ويحد فى وطئه أمته فلا رجوع له فى هبته، أصله الابن إذا وهب للأب.

فصل

وإنما قلنا إن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه خلافًا لأبى حنيفة فى منعه الرجوع[6]، للحديث الذى رويناه، ولحديث النعمان بن بشير أن أباه نحله نحلاً وجاء إلى النبى ﷺ

---

(١) ثبت فى الأصل (الوالدين) والصحيح ما أثبتناه.

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٣٣٦، ٣٣٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٠٤، ١٠٠٥).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/٣٠٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/٢٥٥).

(٤) ثبت فى (أ) إذا.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) هذا ليس مذهب الإمام أبى حنيفة وإنما مذهبه أنه يحل له الرجوع. قال الشيخ الموصلى: لا يحل للواهب الرجوع من غير قضاء ولا رضا إلا الوالد فإنه يحل له ذلك عند الحاجة. انظر الاختيار للموصلى (٢/٣٠٥)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٦/١٢٨).

يشهده فقال: إنى نحلت ابنى هذا فقال: «أكل ولدك نحلته» قال: لا، قال: «فارجعه»[١] فدل ذلك على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه، ولأنها هبة لمن أضيف هو وماله إلى الواهب فى الشرع إضافة الملك فكان له الرجوع فيها بوجه، أصله هبة السيد لعبده، ولأن الأب يختص مع الولد بما لا يوجد فى غيره، وله شبهة فى ماله ففارق الأجنبى.

وإنما قلنا إن للأم أن تعتصر[٢] لمشاركتها فى قرب الولادة ومباشرتها وإنما منعنا ذلك إذا كان الولد أيتامًا لأن الهبة للأيتام يراد بها وجه الله عز وجل كالصدقة، وإنما منعنا الاعتصار بعد التصرف لتعلق حقوق الغير بها داين الولد فإن الغرماء داينوه على المال الذى معه، فلو أجزنا للأب أخذه لكان غروراً لهم، وكذلك إذا تزوجت الابنة لأن للزوج حق فى تبقية مالها بيدها لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينها ومالها»[٣]، وللاتفاق على أنه لا رجوع له فى البيع والعتق وكذلك سائر التصرف، فأما اختلاطه بما لا يتميز فجار مجرى إتلافه[٤] فبطل الرجوع فيه.

فصل

يكره أن يبتاع الرجل صدقته ويرتجعها بعوض أو هبة[٥] لأنه ضرب من العود فيها، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحيى منه فيسامحه فى ثمنها أو يحط عنه ما لا يحط لغيره فيكون رجوعًا فى ذلك القدر، وفى حديث عمر أنه وجد فرسًا حمل عليه فى سبيل الله[٦] يباع فأراد أن يشتريه فنهاه رسول الله ﷺ وقال: «لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد فى صدقتك»[٧]، فأما إن مات المتصدق عليه فورثها المتصدق منه فلا بأس لأن ذلك ليس برجوع فيها ولا يتهم بأنه احتال فيه لأن الميراث يدخل فى ملكه بغير صنعه، وفى الحديث أن امرأة وهبت لأمها وليدة فماتت الأم فورثتها الابنة فسألت

(١) أخرجه البخارى فى الهبة (٥/ ٢٥٠) ح (٢٥٨٦)، ومسلم فى الهبات (٣/ ١٢٤١) ح (٩/ ١٦٢٣).

(٢) قال الشيخ الرصاع: قال الشيخ رضى الله عنه: ارتجاع المعطى عطية دون عوض لا بطوع المعطى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٥٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) إتلافه سقطت من (ب).

(٥) ذكره فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٨).

(٦) ثبت فى (ب) فى السبيل.

(٧) تقدم تخريجه.

النبى ﷺ عن ذلك فقال: «أجرت فى صدقتك، ورد عليك الميراث وليدتك»[١]، وإذا ثبت أنه لا يجوز الرجوع فى الصدقة فالانتفاع بها ممنوع أيضًا على ما قدمناه[٢].

فصل

ويستحب للإنسان أن يساوى بين ولده فى الهبة، وأن لا يخص بعضهم بشىء يفرده عن الآخر إلا ويكون مثله لغيره، فإن أعطى بعضهم شيئًا من ماله جاز وإن أعطاه كل ماله كره ذلك ولم يبطل[٣].

وإنما استحببنا فى الجملة أن يسوى بينهم فى العطية لقوله ﷺ فى حديث النعمان بن بشير لما نحله أبوه شيئًا وأراد الشهادة عليه فقال ﷺ: «أكل ولدك نحلته مثل ما نحلت هذا» قال: لا، قال: «فارجعه»، وفى الحديث: «أتحب أن يكونوا لك فى البر سواء»[٤] ولأن ذلك يؤدى إلى العقوق وترك البر ويورث الحسد والضغن فوجب كراهيته لذلك، وهذا إذا وهب كل ماله، فإذا وهب البعض منه أو الشىء اليسير[٥] بعينه فذلك جائز لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه وهب لعائشة رضى الله عنها من ماله[٦]، والفرق بين البعض والكل أن فى البعض لا تتولد العداوة والبغضاء لأنه قد بقى ما يصير للولد الباقين إذا كان الموهوب يسيرًا، لا يكون جل ماله ولا قطعة مؤثرة فيه فيجرى حينئذ مجرى هبة الكل.

وإنما قلنا: إن وهب جميعه نفذ وإن كان مكروهًا خلافًا لأحمد بن حنبل وغيره فى منعه نفوذه[٧]، لحديث أبى بكر رضى الله عنه واعتبارًا بالأجانب.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٦٠) ح (٥٤).

(٢) ثبت فى (ب) على ما بيناه.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) اليسير سقطت من (أ).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) فعند الإمام أحمد رضى الله عنه: أنه تجب التسوية بأحد أمرين: إما رد ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخر، وقال طاوس: لا يجوز التفضيل ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك وروى معناه عن مجاهد وعروة. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ٢٦٢).

فصل

يجوز أن يتصدق بماله كله في صحته وأن يهبه للظواهر والأخبار والترغيب في الصدقة، ولأن جماعة من الصحابة قد انخلعوا[1] من أموالهم، وهذا إذا كان المتصدق له مال يرجع إليه من صناعة أو حرفة فيخلف منها ما لا يرده على نفسه، فأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوته أو يقوت عياله إن كان ذا عيال فلا ينبغي له أن يمنع نفسه وعياله، وقد منع ﷺ سعداً أن يوصي بماله كله[2] إبقاء على ورثته، فإبقاء الإنسان على نفسه أولى، وقال تعالى: ﴿ولا تنس نصيبك من الدنيا﴾ [القصص: ٧٧].

فصل

من أخدم رجلاً حياته عبده جاز ذلك[3]، وقد اختلف عنه في نفقته على من تكون فعنه فيه روايتان: إحداهما أنها على مالك رقبته، والأخرى أنها على من جعلت له خدمته، فوجه الأولى من أن النفقة على المالك بالرق وتعلق حق الغير بمنافعه لا يوجب عليه نفقته كما لو أجره، ووجه الثانية أنه يملك نافعه دون سيده فكانت النفقة عليه كالزوجة لما ملك الاستمتاع بها ملك منافعها ولا يلزم عليه الإجارة لأن العوض عنها قد أخذ منه والله أعلم.

* * *

---

(١) ثبت في (ب) انخلوا.

(٢) أخرجه البخاري في الجنائز (٣/ ١٩٦) ح (١٢٩٥) ، ومسلم في الوصية (٣/ ١٢٥٠) ح (٥/ ١٦٢٨).

(٣) انظر المدونة (٤/ ٣٠٤).

٣٨
كتاب الوصية [(١)]

الأصل فى ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها قوله تعالى فى آية المواريث: ﴿من بعد وصيـة يوصى بها أو دين﴾ [النساء:١١]، وقوله: ﴿كتب عليكم إذا حـضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف﴾ [البقرة:١٨٠]، وقوله ﷺ: «ما حق امرئ له مال يريد أن يوصى فيه يبـيت ليلتين إلا ووصيته عنده»[(٢)]. إذا ثبت ذلك فهى مندوب إليها للخبـر الذى رويناه، ولأن فيها تحرزاً واحتـياطًا لأن الإنسان لا يدرى متى يأتيه أمـر الله عز وجل، وقد يكون عليـه حقوق يحتـاج إلى التخلص منها فـيجب أن يكون على استظهار من ذلك.

فصل

موضع الوصية الثلث، ولا يجوز الزيادة عليه إلا بإذن الورثة[(٣)]، وإنما قلنا إن له أن يوصى بالثلث لحديث سـعد قال : جـاءنى ﷺ يعودنى من وجع اشتـد بى فقلت : يا رسول الله بلغ منى الوجع ما ترى، وأنا رجل[(٤)] ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى فقال: «لا» قلت فشطره، قال: «لا» فقلت فالثلث قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[(٥)]، وقوله ﷺ: «إن

(١) الوصية فى اللغة: من أوصـاه ووصاه توصية عهد إليه والاسم الوَصَـاةُ والوصاية والوصية. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٤٠٠).
وفى الاصطلاح: قال الشـيخ ابن عرفـة الدسوقى: هى عقـد يوجب حقًا فى ثلث عـاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٨١).

(٢) أخـرجه البـخـارى فى الوصـايا (٥/ ٤١٩) ح (٢٧٣٨) ، ومسلم فـى الوصيـة (٣/ ١٢٤٩) ح (١/ ١٦٢٧).

(٣) ذكره ابن عبدالبر. انظر الكافى (٢/ ١٠٢٣، ١٠٢٤) انظر الثمر الدانى للشيخ الآبى (ص٥٣٧).

(٤) رجل: سقطت من (ب).

(٥) أخـرجه البـخـارى فى الوصـايا (٥/ ٤٢٧) ح (٢٧٤٢)، ومسلم فـى الوصيـة (٣/ ١٢٥٠) ح (٥/ ١٦٢٨).

الله جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم»[١].

وإنما قلنا الزيادة جائزة عليه إذا أذن الورثة لأن المنع من ذلك لأجلهم لأن ما زاد عليه حق لهم فإذا أجازوه فقد أسقطوا حقوقهم فجاز، وإن أجازه بعضهم وأباه بعض جاز فى حق من أجازه ،ولم يجز فى حق من منع لأن من أجازه فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك.

فصل

ومن لا وارث له فليس له الوصية بجميع ماله، فإن أوصى بزيادة على الثلث لم يكن له إلا الثلث فقط، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن له أن يوصى بكل ماله[٢]، لقوله ﷺ: «إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة فى أعمالكم»[٣] وظاهره يمنع زيادة عليه ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له أن يوصى فى حقهم بأكثر من ثلثه كالموالى، واعتبارًا بالورثة المياسير.

فصل

ولا تجوز الوصية لوارث من ثلث ولا غيره إلا بإذن باقى الورثة[٤]،والأصل فى منعها قوله ﷺ: «إن الله عز وجل قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث»[٥]، [ولأن ذلك تعدى ما حد الله تعالى ورسمه لأنه تعالى جعل لكل وارث][٦] قدرًا معلومًا من التركة، وإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كان كأنه يعطيه من حق غيره، فإذا لم يجيزوا رجعت ميراثًا لأنه لا يجوز أن ينفرد بها بعضهم، وليس لها جهة تصرف من

(١) أخرجه ابن ماجه فى الوصايا (٢/ ٩٠٤) ح (٢٧٠٩) فى الزوائد: فى إسناده طلحة بن عمرو الحضرمى ضعفه غير واحد. وانظر نصب الراية (٤/ ٤٠٠).

(٢) قال فى الفتاوى الهندية: ولو أوصى بجميع ماله وليس له وارث نفذت الوصية ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال كذا فى خزانة المفتيين. انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١٠٢٤)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٣٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٢٧).

(٥) أخرجه الترمذى فى الوصايا (٤/ ٤٣٤) ح (٢١٢١) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأبو داود فى البيوع (٣/ ٢٩٥) ح (٣٥٦٥)، والنسائى فى الوصايا (٦/ ٢٠٧) باب (إبطال الوصية للوارث)، وابن ماجه فى الوصايا (٢/ ٩٠٥) ح (٢٧١٣).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

قبل وصية فلم يبق إلا أن يرجع ميراثًا كالذى لم يوصى به.

فصل

إنما قلنا إنهـا تجوز بإجازة الورثة، خـلافًا لمن منع ذلك[١]، لأن المنع لحقـوقهم فإذا أجازوه فقـد تركوا حقوقهم فيـجب جوازه، ولأنها جهة للوصـية يمنع منها لحق الورثة فجاز بإجازتهم، أصلة الزيادة على الثلث.

فصل

الوصية غير واجبة لقريب ولا لأجنبى، خلافًا لمن حكى عن وجوبها[٢] لمن لا يرث[٣] من الأقربين والذين[٤] إذا لم يكونوا وارثين، لأن كل من لم تلزم عطيـته فى الحـياة لم تجب الوصية له بعد الوفاة كالأجانب، ولأنها هبة وعطية فلم تلزم اعتبارًا بحال الحياة.

فصل

إذا استأذن الورثة فى الوصية لوارث أو بأكـثر من الثلث فأذنوا له فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يجـيزوا فى الصحة، أو فى المرض الذى يحـجر عليه فيـه أو أن يجيزوا بعد الموت فإن أجازوا فى الصحة فـلا يلزمهم ذلك، ولهم الرجوع فيه لأنه لا حق لهم فى الحجر عليه حال الصحة فأشبه إذن الأجنبى، لأنه لا يلزمه[٥] إذا صار وارثًا من بعد الموت[٦]، وإن أجازوا بعد الموت فذلك لازم من غير خلاف لأن الإرث قد وجب لهم، فإذا تركوه بعد وجوبه جاز كما لو وهبوه ابتداء.

وإن أجازوه حال المـرض المخوف لزم ذلك ولم يكن لهم الرجوع فيـه، خلافًا لأبى

(١) هذا هو قـول أهل الظاهر والشـافعـى وهو ظاهر قول أحـمـد فى رواية حنبل وهو قـول بعض أصحابه وهو قول المزنى. انظر المغنى لموفق الدين (٦/٤١٩)، انظر روضة الطالبين (٦/١٠٩).

(٢) روى عن الزهرى أنه قال: جـعل الله الوصية حـقًا مما قل أو كثر، وقـيل لأبى مجلز: على كل ميت وصية قال: إن ترك خيرًا، وقال أبـو بكر عبد العزيز: هى واجبة للأقربين الذين لا يرثون، وهو قول داود، وحكى ذلك عن مـسروق وطاوس وإياس وقتادة وابـن جرير. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ١٥)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣٧٩).

(٣) ثبت فى (أ) تورث.

(٤) ثبت فى (ب) الوالدين.

(٥) ثبت فى (ب) لأنه يلزمه.

(٦) الموت: سقطت من (أ).

حنيفة[١] والشافعي[٢]، لأنها حال يملكون عليه الحجر فيها فإذا أذنوا فيما لهم منه لزمهم، كالسيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته، ولأنها حال تعتبر عطاياه فيها من الثلث كما بعد الموت، وإذا استأذنهم عند سفر فأذنوا له ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يلزم اعتباراً بالصحة، ولأن تصرفه في هذه الحال من رأس المال، والأخرى أنه يلزم اعتباراً بالمرض المخوف لأنها حال خوف وخطر، وهذا في السفر البعيد الذي يخاف من مثله.

فصل

الإذن المحكوم به إذا كان طوعًا لا خوفًا من إضرار بهم مثل أن يكون الوارث في عيال الموصي ونفقته، إن لم يأذن به قطع به، أو يكون له عليه دين يلزمه أو يكون سلطانًا يرهبه أو ما أشبه ذلك فمتى كان الإذن على بعض هذه الوجوه لم يلزم وكان له الرجوع.

فصل

هبات[٣] المريض وعطاياه مراعاة فإن صح لزمته من رأس ماله وإن مات كانت من الثلث إلا أنها حال المرض موقوفة لا تنفذ، وقال داود هي جائزة من رأس المال الصحيح[٤]، ودليلنا قوله ﷺ: «إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند الموت زيادة في أعمالكم»[٥]، فأخبر ﷺ أنه ليس لهم إلا الثلث ولا زيادة عليه، وروى أن رجلاً أعتق ستة أعبدٍ له في مرضه لا يملك غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فتغيظ عليه غيظًا شديدًا ثم دعى بهم فأسهم بينهم فأعتق ثلثهم وأرق ثلثيهم»[٦]، ولأن حصول سبب الموت بمنزلة

(١) قال الشيخ الموصلي: وتعتبر إجازتهم بعد موته لأنه عند ذلك ثبت حقهم فيه لا قبله وإنما يسقط الحق بعد ثبوته فإذا أجازوه بعد الموت فقد أسقطوا حقهم بعد ثبوته فيصح. انظر الاختيار للموصلي (١٢٨/٤)، انظر الهداية للمرغيناني (٥٨٣/٤).

(٢) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١٠٩/٦)، انظر مغني المحتاج (٤٤/٣).

(٣) ثبت في (أ) هبة.

(٤) ذكره ابن قدامة في المغني. وقال: وحكى عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح. انظر المغني لموفق الدين (٤٩١/٦).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه مسلم في الأيمان (١٢٨٨/٣) ح (١٦٦٨/٥٦)، وأبو داود في العتق (٢٧/٤) ح (٣٩٥٨)، والترمذي في الأحكام (٦٣٦/٤) ح (١٣٦٤)، والنسائي في الجنائز (٥١/٤) باب (من يحيف في وصيته)، وابن ماجه في الأحكام (٧٨٥/٢) ح (٢٣٤٥).

حضور الموت نـفسه بدليل منع الهبـة للوارث، فإن نازعوا فى ذلك دللنا عليـه بإجماع الصحابة فى قصة أبى بكر رضى الله عنه لما قال لعائشة رضى الله عنها إنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسق ولو كنت حزتيه لكان لك وإنما هى اليوم مال الوارث»[١] فبين تعلق حقـوق الورثة به، وإن ذلك هو المانع من تسليمه إليـها ولـم يخالف عليـه أحد، ولأنه إيجاب عطية فى المرض كالوصية.

فصل

إذا أوصى بزيادة على الثلث ولـم يجز الورثة قـسم الموصى لهم الثلث على حـسب مبلغ[٢] الوصـايا من جملة المال، مـثاله: أن يوصى بـالنصف والثلث ولا يجيـز الورثة فينظر أقل مـاله نصف وثلث وهى ستة مبلغ الوصـية منها خمـسة أسهم فيـقسم الثلث بينهم على خـمسة لصـاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سـهمان، وكـذلك بالثلث والربع يكون على سبعة من اثنى عشـر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا الحساب، وقال أبو حنيفة يتساوى الموصى لهم فى الثلث[٣].

ودليلنا أنهمـا وصيتان لو كانتـا مطلقتين مرسلتـين قسمتـا على التفصيل فـإذا كانتا مقيدتين قسمتا[٤] كذلك، أصله لـو أوصى بالسدس والثمن، وبيـان ذلك أنه لو أوصى لزيد بألف درهم وقدرها النصف ولعـمر بخمس مائة وقدرها الربع لاقـتسمنا الثلث إذا لم يجز الورثة على التفصيل بحسب الوصايا، وهذا وفاق معهم فكذلك إذا قيد بنسبة، ولأنهما وصايا تتفـاضل [قصرت عن الثلث فوجب][٥] بحسبها أن تتـفاضل فى قسمة الثلث عليها إذا زادت عليه كالمرسلة.

فصل

له أن يشترى ابنه بمـا يكون قدر ثلثه[٦] لأن له التـصرف فى الثلث ويرثه لأنه يعـتق

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) ومبالغ.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٥٨٨) انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٤٢).

(٤) قسمتا: سقطت من (أ).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ذكـره فى المدونة. انظـر المدونة (٤/ ٢٨٢)، انظر حـاشـيـة الدسـوقى علـى الشـرح الكبـيـر (٤/ ٤٤٤, ٤٤٥).

عليه وهو حر، وقال محمد بن مسلمة: يجوز له أن يشتريه بكل ماله اعتباراً باستلحاقه، وقال شيخنا أبو بكر فى توريث ابنه نظر لأنه إخراج لورثته عن الميراث بعد ثبوت البينة لهم.

فصل

إذا أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له كل المال، وكذلك لو كان ابنان فوصى للرجل[١] بمثل نصيب أحدهما كان له نصف المال، على هذا الحساب ينظر كم ذلك النصيب إذا انفرد عن الوصية فيكون هو الموصى به، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعى يجعل الموصى له كأنه ابن آخر فيأخذ مع الابن الواحد النصف ومع الاثنين الثلث[٣].

ودليلنا أنه إذا قال: أوصيت لك بمثل نصيب ابنى فقد أحال بمعرفة القدر الموصى به على معرفة نصيب من أحال عليه فيجب أن يكون ذلك المحال عليه معلومًا مقدراً قبل الوصية ليصبح العمل بقدرها منه، ومتى علقنا معرفة المحال عليه على مقدار الوصية فذلك تناقض واستحال لأن الوصية معلقة عليه ويصير هو معلقًا على الوصية فيكون ذلك جعل الشيء شرطًا لما هو شرط[٤] له فلا يصح، وإذا ثبت ذلك صح ما قلناه.

فصل

إذا أوصى لفلان بمثل نصيب أحد ورثته نظر إلى عدد رؤوسهم ثم أعطى جزءاً منها[٥]، ولا ينظر إلى اختلاف فروضهم ولا إلى الذكور والإناث، مثاله: أن يترك ستة ذكوراً وإناثًا، [أو إناثًا وذكوراً][٦] من نوع واحد كالبنين والبنات، أو الزوجات والجدات أو الإخوة والأخوات وغير ذلك فيعطى السدس، وإنما قلنا ذلك لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأولى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس.

---

(١) ثبت فى (ب) لرجل.

(٢) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ١٤٤)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٩٩).

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٦/ ٢١١)، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٤٥٧).

(٤) هو شرط: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) جزءاً واحداً.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

إذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه أو بجزء منه أو بنصيب فذلك كله[١] سواء، فاختلف أصحابنا فى مقدار ما يلزم بالوصية بعد اتفاقهم على أنه لا يزاد على الثلث فمنهم [من قال يعطى الثُّمن][٢] ومنهم من قال يعطى[٣] السدس، ومنهم من قال ينتظر إلى ما تبلغه قسمة الفريضة بالضرب إن احتيج إليه فيعطى سهمًا منه قَلَّت السهام أم كثرت، وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد إلى السدس [فيكون له السدس[٤]][٥]، وقال الشافعى يدفع إليه الورثة ما شاءوا من غير مقدار مؤقت[٦].

فدليلنا أولاً على وجوب التقدير خلافًا للشافعى، أن السهم والجزء والنصيب عبارة عن التقدير لأنه يقال هذا المال بينهم على كذا وكذا جزءًا أو سهمًا أو نصيبًا، فإذا ثبت ذلك فكأنه أوصى له بقدر وأجمل التقدير فيجب أن يطلب ما هو أولى بأن يكون أراده ومتى وكلناه إلى مشيئة الورثة زال التقدير وصار كأنه قال أوصيت بشىء فإذا ثبت التقدير:

فوجه القول بأنه يعطى الثُّمن أنه لما لم يكن بعض السهام بأولى من بعض وجب أن يدفع الأقل لأنه متحقق[٧]، وما زاد عليه مشكوك فيه لإمكان أن يكون [أراده وإمكان أن يكون][٨] أراد ما دونه فلم يجز أن يدفع إليه بالشك، ووجه القول بأنه يعطى السدس

(١) فذلك كله: سقطت من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) بعض.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية والشيخ الموصلى فى الاختيار. وقال الشيخ الموصلى: وإن أوصى بسهم من ماله فله السدس عن أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير فإنه قال: له أخس سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه فكان حاصله أن له السدس. وعلى رواية كتاب الوصايا: له أخس سهام الورثة ما لم يزد على الثلث. وقال أبو يوسف ومحمد: له أخس السهام إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث. انظر الاختيار للموصلى (١٤٣/٤)، انظر الهداية للمرغينانى (٥٨٨/٤).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٤٥٧/١)، انظر روضة الطالبين (٢١٢/٦).

(٧) ثبت فى (أ) يتحقق.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

والجزء الـذى ينقسم عليـه الفريضـة ما لم يزد على الثلث أن أصـل حساب الفـرائض السدس، وإنما ينشـأ ما زاد عليه منه لأنه أقل السهـام فى الأصول بخلاف[1] الثُّمن لأنه ليس بأصل وإنما هو سهم يستحق بحجب عن أصل الفرض.

ووجه القول أنه يعطى سـهمًا مما انقسمت عليه الفريضـة بالغًا ما بلغ أنه لما قال: له سهم من مالى أو جزء كان ذلك راجعًا إلى أجزاء ماله وسهامه فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفروض.

فصل

الوصية فى الصحة والمرض سواء لأنهـا تنفذ بعد الموت وليست بلازمة، والرجوع له فيمـا شاء منها إلا التدبيـر لأنه إيجاب فى الحياة، وإن كان له حكم الـوصية من بعض الوجوه وهو خروجه من الثلث، وكذلك العتق المبتل[2] فى المرض[3].

فصل

وتجوز وصية السفيه المحجور عليه لتـبذير ماله ووصية المجنون حال إفاقته[4] لأنه إنما منع السفيه من إخراج ماله على غير عوض خـوف الفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته والفقر مأمون عليه فى تلك الحال فلا يبقى مانع منها، وأما المجنون حال إفاقته فكالعاقل الذى لا يجنون له فصحت وصيته؛ وتصح وصية الصبى الذى يعقل[5] وجوه القرب وإن لم يبلغ خلافًا لأبى حنيـفة[6] وأحد قولى الـشافعى[7]، ولأن ذلك مـروى عن عمـر

(١) ثبت فى (أ) يختلف.

(٢) قال الفيـروزآبادى: بتَله يبتُله ويَبْتِلُه: قطعه كبَتّله فـانبتل والشىء ميزه عن غيـره. وصدقة بتلة: منقطعة عن صاحبها وعطاء بتل منقطع لا يشبهه عطاء. انظر القاموس المحيط (٣/ ٣٣٢).

(٣) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٤٢, ٤٤٣).

(٤) ذكـره ابن عبـد البر. انظر الكـافى (٢/ ١٠٢٧)، انظر حاشـية الدسـوقى على الشـرح الكبيـر (٤/ ٤٢٢).

(٥) ثبت فى (ب) يعرف.

(٦) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ١٢٩)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٤٣٠).

(٧) ذكره الإمـام النووى. وقال: لا تصح وصـية الصـبى المميز عـلى الأظهر عند الأكثـرين. انظر روضة الطالبين (٦/ ٩٧).

وقال الشيخ الخطيب الشربينى: ورجح جمع من أصحابنا صـحة الوصية من الصبى المميز. انظر مغنى المحتاج (٣/ ٣٩).

وعثمان وعلى وغيرهم رضوان الله عليهم[١]، ولا مخالف لهم، ولأنه عاقل عارف بوجوه القرب كالبالغ، ولأن الفقر مأمون عليه بعد الموت.

فصل

تصح الوصية إلى المرأة وإلى العبد كان العبد له أو لغيره خلافًا للشافعى فى العبد[٢]، ولأنه مأمون فى نفسه يتأتى منه تنفيذها فأشبه الحر الذكر.

فصل

لا تجوز الوصية إلى فاسق لا يؤمن عليها، ولا تقر فى يده لأنه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى لهم، فإذا لم يكن مأمونًا لم يؤمن منه إتلافها فلم يجز ولايته، ولا يراعى فى ذلك اختيار الميت له لأنه ليس له أن يختار على غيره من لا يؤمن إتلافه وإضاعته.

فصل

إذا قَبِلَ الموصى إليه ثم أراد تركها لم يجز له ذلك إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر فى الامتناع من المقام عليها، خلافًا للشافعى فى إجازته تركها[٣]، لأنها قربة وفعل خير ألزمه نفسه لم يكن له الخروج منه بغير عذر اعتبارًا بالصوم والحج.

فصل

إذا أوصى إلى رجلين فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكون نص على الاجتماع فيقول لا ينفرد[٤] أحدهما عن صاحبه[٥] فى النظر فيكون على ما قلناه[٦]، أو أن ينص على الجواز فيقول: أوصيت إليكما وإلى كل واحد منكما فلا خلاف فى هذا أيضًا أ[نه] يجوز أن ينظر إلى كل واحد منهما منفردًا عن الآخر، أو أن يطلق فيقول أوصيت إليكم[ا]

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الوصية (٢/ ٧٦٢) ح (٢).

(٢) انظر روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٧٤).

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٧٣).

(٤) ثبت فى (ب) لا ينفصل.

(٥) ثبت فى (ب) الآخر.

(٦) ثبت فى (ب) قاله.

ولا يذكر اجتماعًا ولا انفرادًا فحكم ذلك عندنا حكم النص على الاجتماع خلافًا لأصحاب أبي حنيفة[1]، لأنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد به اعتبارًا بالوكالة لأنه إذا أوكلهما في بيع لم يكن لأحدهما الانفراد بذلك باتفاقنا.

فصل

للرجل أن يوصي بثلثه إلى رجل وبولده إلى آخر، لأن الوصية في معنى الوكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها وفي بعضها وكيلاً واحدًا أو وكلاء عدة.

فصل

إذا أوصى لرجل بنوع من حقوقه مخصوص دون غيره لم يكن له النظر في غيره إذا خصه بذلك[2]، لأنه إنما يملك النظر بتولية صاحب الحق فلم يطلق توليته أو يقيدها، فأما إن أطلق فقال: وصيتي إلى فلان أو قال فلان وصيي فإنه يكون وصيه في كل شيء يجوز أن يوصي به من النظر في ثلثه والولاية على صغار ولده وقضاء ديونه، خلافًا للشافعي في قوله إنه لا تصح الوصية[3]، لأن الإطلاق يقتضي العموم فأشبه أن ينص على ذلك، فأما إن أوصى إليه بنوع ولم يذكر قصره عليه ولا أنه ليس إليه النظر في غيره فقيل: هو كالوصية المطلقة لأنه أقامه مقامه ولم يقصره على ما سماه، وقيل لا يكون وصيًا إلا فيما عين له ونص عليه لأنه لا يملك الوصية إلا بالتولية، فأن أوصى بشيء مخصوص لم يملك النظر في غيره وليس يحتاج إلى أن يلفظ بقصره عليه لأن المنع هو الأصل وإنما الذي يحتاج إليه هو النص على التولية.

فصل

إذا أوصى إليه وأطلق ولم يقل ليس لك [أن توصي][4] فله أن يوصي بما أوصى به

---

(١) قال الشيخ المرغيناني: ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه. وقال أبو يوسف رحمه الله: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء. انظر الهداية (٤/ ٦١٢)، انظر الاختيار للموصلي (٤/ ١٣٤).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٥٣).

(٣) قال الإمام النووي: لو اقتصر على قوله: أوصيت إليك فباطلة قطعًا. انظر روضة الطالبين (٦/ ٣١٦)، انظر مغني المحتاج (٣/ ٧٧)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤/ ٧٢).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

إليه، وقال الشافعى ليس له ذلك إذا أطلق الوصية، وأما إن أذن له فله قولان: أحدهما أنه يملك أن يوصى، والآخر أنه لا يملك، فدليلنا على أنه يملك إذا أذن له أنه يملك[١] أن يوصى إليه ويقول: إن مت فوصيتى إلى فلان فإذا صح ذلك قلنا لأن كل ما صح أن يليه بنفسه على وجه الوصية بعد الموت جاز[٢] أن يوليه غيره، أصله الوصية المباشرة، ودليلنا أنه إذا أطلق فإن للموصى[٣] أن يوصى، أن ذلك معنى ملكه الموصى إليه إذا نص له، فوجب أن يملكه بإطلاق الولاية، أصله كسائر الحقوق التى يوصى فيها، ولا يدخل عليه الوكالة لأنا شرطنا التولية فى وصيته.

فصل

يجوز عفو الرجل عن قاتله عمدًا، ولا يجوز ذلك فى الخطأ إلا أن تكون الدية ثلث التركة أو أقل، والفرق بينهما أن الواجب بقتل العمد قود فليس فيه إخراج مال عن الورثة والواجب بقتل[٤] الخطأ مال وليس له فى المال إلا الثلث.

فصل

تصح الوصية للقاتل عمدًا أو خطأ[٥] خلافًا للشافعى[٦]، لقوله تعالى: ﴿فمن بدله بعد ما سمعه﴾ [البقرة:١٨١] فعم، ولأنها هبة فالقاتل لا يمنعها اعتبارًا بحال الحياة، ولأنه تمليك فصح فى القاتل كإسقاط الحقوق.

فصل

إذا قتله الموصى له عمدًا بطلت الوصية[٧] إلا أن يعلم بقتله فيقره عليها فإن قتله خطأ لم تبطل لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه فوجب أن يبطل بقتل العمد

(١) أنه يملك: سقطت من (ب).
(٢) ثبت فى (ب) بعد موته صح.
(٣) ثبت فى (ب) للوصى.
(٤) ثبت فى (أ) فى قتال.
(٥) ذكره فى المدونة. انظر المدونة(٤/٢٩٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٨).
(٦) قال الشيخ الشيرازى: اختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله فقال فى أحد القولين: لا يجوز. وقال فى الثانى: يجوز لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه. انظر المهذب للشيرازى (١/٤٥١)، انظر روضة الطالبين (٦/١٠٧).
(٧) ثبت فى (ب) وصيته.

كالميراث، وأن لا يبطل بقتل الخطأ كالميراث، ولا يكون له شيء من الدية المستحقة على عاقلته، وأما إن علم بأنه قتله عمدًا فأقره على الوصية بأنه يكون كالمبتدئ لها فيصح.

فصل

إذا أوصى لرجل بجزء من ماله وللآخر بدنانير مسماة[١] وضاق الثلث على الوصيتين ففيها ثلاث روايات[٢]:

إحداها البداية بالجزء على التسمية، والثانية البداية بالتسمية عن الجزء، والثالثة أنهم يتحاصون بقدر[٣] وصايهم.

فوجه الأولى أن التجزئة آكد من التسمية في الأصول لأنها قد ثبتت في مواضع تبطل فيها التسمية، ألا ترى أنه لو وصى له بألف درهم فتلف المال إلا ألفًا لم يستحق الموصى له إلا قدر ثلثه، ولو أوصى له بجزء من ماله لكان ذلك مستحقًا على كل وجه فيما يبقى بعد التلف[٤]، أعنى أنه يكون له ربع الباقي إن أوصى له بالربع أو سدسه أن أوصى بالسدس، وكذلك في الاستثناء في بيع الثمار وإن كان كيلاً مسمى يعتبر[٥] فيه قدر الثلث، وإن كان جزءًا فما شاء[٦]، وإذا ثبت قوة التجزئة على التسمية [كانت آكد فقدمت عليها، ووجه الثانية أن][٧] التسمية آكد بالنص على مقدارها[٨] بخلاف التجزئة ووجه الثالثة أنها جهة تستحق بالوصية، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر فلم يبق إلا التحاصص.

فصل

إذا أوصى له بشيء بعينه فتلف الموصى به بطلت الوصية لأن المعين[٩] يبطل الحق بتلفه كالمبيع بعينه إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية، وكذلك الدابة المكتراة بعينها إذا

(١) ثبت في (أ) مسميات.
(٢) ذكرها ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (١٠٣٨/٢).
(٣) ثبت في (أ) بعدد.
(٤) ثبت في (ب) بعد الموت وفي (هـ) بعد الثلث.
(٥) ثبت في (ب) اعتبر.
(٦) ثبت في (أ) وإن كان جزءًا فما بمان.
(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٨) ثبت في (ب) مقاديرها.
(٩) ثبت في (ب) التعيين.

ماتت إن العقد ينفسخ فى ذلك كله، فإن تلف ثلثا تلك العين فالثلث الباقى للموصى له إن احتمله كل المال، خلافًا لأبى ثور فى قوله إن للموصى له ثلث الباقى وللورثة ثلثاه[١]، لأن الثلث يحتمله مع الوصية بالعين فوجب أن يستحقه كما لو أوصى له بعبد أو بثوب واحتمله الثلث فأما إن كانت الوصية بما الغرض منه المنافع[٢] وما يموت عنه فلا يتعين فى شىء بعينه نحو قوله: وصيت بثيابى لفلان لأن له ما يموت عنه من ثياب سواء كانت الثياب التى يملكها يوم الوصية أو تلفت واستحدث غيرها.

فصل

إذا أوصى لميت يعلم بموته صحت الوصية فتقضى منها ديونه وزكوات وكفارات[٣] إن كانت عليه، فإن لم يكن عليه شىء من ذلك كانت لورثته، وقال أبو حنيفة[٤] والشافعى لا يصح بوجه[٥] فدليلنا قوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعد ما سمعه**﴾ [البقرة:١٨١] فعم، ولأنه آدمى كالحى، ولأنها إحدى حالات الآدمى كالحياة، ولا يدخل عليه إذا لم يعلم به لأن الغرض إلحاق أحد النوعين بالآخر، ولأن الغرض بالوصية نفع الموصى له على وجه يصح من العقلاء وذلك يختلف باختلاف أحوال من يوصى له: فتارة يكون بالتمليك كالحى، وتارة يكون بغيره كالوصية للمسجد والقنطرة والجسور وما أشبه ذلك، فإذا أوصى لمسجد فقد علم أنه لم يرد تمليكه وإنما أراد صرف الوصية فى مصالحه وكذلك الجسر والقنطرة، وكذلك إذا أوصى لميت وهو يعلم أنه ميت إنما أراد[٦] صرف

(١) وهو قول أصحاب الرأى والشافعى وأحمد. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ٥٨٧).

(٢) ثبت فى (ب) المبلغ.

(٣) ثبت فى (أ) كفارة.

(٤) قال الشيخ منلاخسروا: يشترط كون الموصى له حيًا وقتها إذ لو كان ميتًا لبطلت الوصية. انظر غرر الأحكام (٢/ ٤٢٧).

وكذا ذكره ملك العلماء الكاسانى رحمه الله. انظر بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥).

(٥) ذكره الإمام النووى وقال: الوصية للميت باطلة سواء علم الموصى بموته أم لا. انظر روضة الطالبين (٦/ ١١٦).

وقال الشيخ الخطيب الشربينى: لا تصح لميت لكن ذكر الرافعى فى باب التيمم أنه لو أوصى بماء لأولى الناس به وهناك ميت قُدِّم على المتنجس أو المحدث الحى على الأصح وهذه فى الحقيقة ليست وصية لميت بل لوارثه لأنه هو الذى يتولى أمره. انظر مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (٣/ ٤٠).

(٦) ثبت فى (ب) قصد.

الوصية فى وجوه نفعه ومصالحه، فإن كان عليه دين[١] قضى منها وإلا كانت لورثته أو تصدق بها عنه[٢]، ولأنه أراد أن يكون كـماله، وأمـا إذا كان عنده أنه حى فـلا تصح الوصية لأنه أراد تمليكه ولم يرد ما ذكرناه.

فصل

إذا أوصى لقرباته أو لأهلـه: ففى القربات يكون للأقـرب فالأقرب لا يدخل مـعهم ولد البنات، وفى الأهل يكون للعـصبـة إلا إن أراد ذوى رحمـه، وروى أنه يدخل فى ذلك العصبة وذوى الأرحام من لا يرثه وولد البنات والعـمات والخالات، فوجه الأول: أن اسم القرابة مستحق من القرب فـوجب أن يستحقه من يطلق عليه الاسم ولا يدخل عليه ولد البنات لأن قـرباهم يختص لغـيره، والأهل هم العصـبة على الإطلاق لأنهم الذين يعقلون عنه ويمـلكون الولاية فى النكاح والصلاة على الجنازة، ووجه الثـانية أن اسم القرابة والأهل يشتمل على كل من مسه به[٣] رحم وهذا أصح.

فصل

إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به[٤]، خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى فى قولهما إن الوصية فيما علم به وفى ما لم يعلم به[٦]، لأن ما لم يعلم به فـقد تحقـقنا أنه لم يقصده بالوصـية فلم يكن له مدخل فيها، أصله إذا أوصى بثلث هذه الدار فإنـه لا يدخل عليه الوصية فى غيرها من التركة لأنه لم يرده.

---

(١) ثبت فى (ب) ديون.

(٢) ثبت فى (ا) عليه.

(٣) به: سقطت من (ب).

(٤) ذكره ابن عـبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/ ١٠٢٩)، انظر حـاشية الدسـوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٢٧).

(٥) قال الشيخ الموصلى: ويـعتبر فى المال والورثة الموجود عند الموت حـتى لو أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكـتسب مـالاً ومات أو كان له فـذهب أو نقص فإن المعتـبر مالـه حالة الموت. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٣٠).

(٦) هذا على أحد قولين فى المذهب فى الوقت الذى يعتبر به المال يوم الموت أو يوم الوصية قولان. انظر مغنى المحتاج (٣/ ٤٧)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤/ ٥٠).

وإذا دبر عبداً وله مال يعلم به ومال لا يعلم به: فالمدبر لا يخرج من المال الذى يعلم به ففيها روايتان: إحداهما أن المدبر يكون فى المالين كالدين لأنه لا يجوز له الرجوع عنه، والثانية أنه يكون فيما علم به لأنه معتبر من الثلث كالوصية.

فصل

وإذا أوصى لوارث وأجنبى فلم يجز الورثة وصية الوارث فإنهم يحاصون الأجنبى بوصية الوارث فما حصل له رجع له ميراثًا وما بقى بعد ذلك فلأهل الوصايا، وقال الشافعى يبطل حق الوارث[١]، فدليلنا على المحاصة أن الميت شرك مع الأجنبى غيره فى الثلث فكأنه أعطاه[٢] الباقى عن عطية الوارث بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصية للوارث لم يستحق الأجنبى إلا السدس، وإذا ثبت ذلك لم يكن له زيادة عليه بامتناع الورثة من الإجازة.

فصل

إذا هلك الموصَى له قبل موت الموصِى فلا شىء له، وإن كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم قبل موت الموصِى فيها ثلاث روايات[٣]: إحداها[٤] أنه يحاص أهل الوصايا بقدر وصيته على علم بموته أو لا[٥] فما أصابه كان لورثة الموصى ولا شىء لورثة الموصى له، والأخرى أنها تبطل وصيته ولا يحاص أهل الوصايا بها علم بموته أو لم يعلم[٦]، والثالثة[٧] أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم.

فوجه الأولى أن الموصى قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت فلم يستحقوا زيادة على ذلك كما لو لم يمت، وإن لم يعلم فهو على العقد[٨] الأول، وإن علم فتركه إن تبين

(١) وهو الصحيح من مذهب الشافعى. قال الشيخ النووى: وإن ردّوا وصية الوارث سلم الثلث للأجنبى على الصحيح وقيل: لا يسلم له إلا السدس. انظر روضة الطالبين (١١٢/٦).

(٢) ثبت فى (أ) أعطى.

(٣) ذكرها ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٠).

(٤) ثبت فى (ب) إحداهن.

(٥) أم لا: سقطت من (أ).

(٦) ثبت فى (ب) أو لا.

(٧) ثبت فى (ب) والثانية وهو خطأ ظاهر.

(٨) ثبت فى (ب) على القصد.

إقرارًا منه فالأمر[١] على ما كان عليه.

ووجه الثانية أن الموصى قد صرف إليهم المال وأخرجه عن تركته فلم يجز أن يرجع ميراثًا، فإن لم يعلم فالقصد على ما كان عليه وإن علم ولم يعين فذلك دلالة على تبقيته إياه.

ووجه الثالثة أنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به، فإذا علم فتركه أن يصرف المال إلى جهة أخرى، رضًا منه بأن يكون[٢] باقيًا على حكم الوصية.

فصل

إذا أوصى له بعبد من عبيده وهم عشرة مثلاً، أو بعير من إبله أو بشاة من غنمه فله عشرهم بالقيمة كان ذلك رأسًا أو أقل أو أكثر[٣] لأن ذلك هو العدل بين الورثة والموصَى له، وذلك أن الرأس من العشرة عشرهم فلا بد أن يعتبر بعدد الرؤوس أو بالقيم: ففى اعتبار الرؤوس تعارض الدعاوى لأن الورثة يقولون نعطيه أدونها قيمة والموصى له يقول أعلاها وليس أحدهم[٤] أولى من الآخر فلم يبق إلا اعتبار القيمة، فإن مات من العشرة ثمانية وبقى اثنان فله نصفهما بالقيمة، ولو مات خمسة كان خمس الباقى، وإن كانت الوصية بجزء منهم فوصى بعشرهم وهم عشرة فهلك ثمانية وبقى اثنان لكان عشرهما بالقيمة لأن من مات من العشرة كأنه لم يكن فلا اعتبار به.

فصل

وإذا أوصى الرجل بنفقته عمره فإنه يعمر عند مالك سبعين سنة، وعند عبد الملك تسعين، وينظر كم مضى منها إلى يوم الوصية فحسب له نفقة ما بقى بالاجتهاد فى نفقة مثله وكسوته وسكناه: فيفرض له مقدار ذلك، فإذا عرف قدره جعل على يدى وصى أو أمين وأنفق عليه إما شهرًا بشهر أو أسبوعًا بأسبوع أو سنة بسنة على ما يؤدى إليه

(١) فالأمر: سقطت من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) بكونه.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٤٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٣٩).

(٤) ثبت فى (أ) أحدهما.

الاجتهاد مما لا يستضر به، فإن مات قبل استيفاء ما أعد له من النفقة رجع باقى نفقته لورثة الموصى أو إلى أهل الوصاية إن كان المال ضاق عن استيفائها وإن كان عاش زيادة على التعمير فلا شىء له وقال أشهب يرجع إلى أهل الوصايا فيحاصهم ثانية.

وإنما قلنا إنه لا يعمر لأنا لو لم نقل ذلك لم ندر كم نعطيه لأنا إن أنفقنا عليه أبدًا إلى أن يموت ومدة بقائه مجهولة أضر بالورثة حيث حبس حقوقهم عنهم وإن لم يعطه شيئًا حتى يعلم كم بقى من عمره فإن ذلك غاية المحال فلم يبق إلا التعمير.

وإنما قلنا يعمر سبعين لأنه غالب التعمير وقد قال ﷺ: «أعمار أمتى ما بين[1] الستين إلى السبعين وأقلهم ما يجاوز ذلك»[2]، ووجه قول عبد الملك تسعين سنة لأنها الغالب من تناهى الأعمار وقول مالك أصح، ولو أوصى لمن له سبعين أو ثمانين لم يكن له[3] إلا الاجتهاد فى نفقة مثله، وإنما قلنا إنه ينفق عليه على ما ذكرناه ولا يسلم إليه دفعة ليتم غرض الموصى لأن غرضه امتداد الإنفاق بقية عمره، وإذا سلمت النفقة إليه جاز أن يتلفها لوقته أو يسرف فى صرفها غرض الموصى.

وإنما قلنا إنه إذا مات قبل استيفاء المدة والنفقة كان باقى النفقة لورثة الموصى لأن الموت سبب استحقاقها فعادت ميراثًا، وذلك كقوله: إذا مت ودخل زيد الدار فأعطوه دينارًا فمات زيد قبل دخوله فيعود ميراثًا، ولا شىء لورثة الموصى له لأنه لم يكن مالكًا لها[4] فتنتقل إلى [ورثته لأن الموصى أراد إيصالها إليه لا إلى][5] ورثته.

وإنما قلنا إنها تعود إلى الوصايا إن كان المال ضاق عنها لأن الوصايا أولى بالثلث من الورثة وإنما دخلها النقص عند المزاحمة، فإذا مات عن شىء مما أوصى له زالت المزاحمة فى ذلك القدر فعاد إلى الوصايا، وإنما قلنا إنه إن عاش زيادة على التعمير فلا شىء لأن ذلك كالحكم الذى قد نفذ فلا يتقض[6] باجتهاد آخر، ووجه قول أشهب أنا نتبين لبقائه

(١) ثبت فى (ب) من.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/٥١٨) ح (٦٥٢٢)، والحاكم فى المستدرك (٢/٤٢٧) قال: وهذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٣) ثبت فى (ب) فيه.

(٤) ثبت فى (ب) مالكها.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) ينقض.

بعد التعميـر غلط ذلك الاجتهاد فإذا أمكن تلافيه وجب العـود فيه، ولأنه لما كان موته قبل استيفائه يوجب رده المال إلى الوصايا إذا احتاجت إليه كان بقاؤه بعدها يوجب عوده عليها.

وإنما قلنا: إن هذه النفقة من الثلث لأنها وصية فكانت في الثلث كسائر الوصايا.

فصل

الأمراض على ضربين: منها ما لا يخـاف في العادة وذلك كالجذام والبرص والبلغم والجنون الذي يفيق معه أحـيانًا فهذا حكمه حكم الصحة لا يمنع صاحـبه التصرف في شيء من ماله بعوض وبغير عوض وما يهـبه ويتصدق له نافذ من رأس ماله، والضرب الآخر: ما يخاف منه وهو الذي لا يؤمن ترقبه[1] إلى الموت كالحمى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك فـهذا هو الذي يتعلق عليه حق الحجر على من وجـد به فيما زاد على قدر حاجته من الإنفـاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء[2] ما يحتاج إليه من الأشـربة والأدوية وأجرة الطبيب، ويمنع مما سـوى ذلك مما يخرج[3] على غير بدل يحصل للورثة من هبة أو صدقة، ويكون ما فـعل من ذلك موقوفًا على موته فينفذ من الثلث أو على صحتـه فينفذ على ما بيناه، ولا يمنع من التصرف بالمعـاوضة المعتادة في التجـارة التي لا يحابي[4] معـها كـالبـيع والشراء بمثل ثمن المثل والإجـارة والرهن والأخذ بالشفعة وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا في القـسم الأول إنه لا يوجب الحجر لأن الخـوف إذا عدم معـه لم يتعلق للورثة حق، لأن علته ثبوت الحجر لهم الخوف من الموت لأن حضور سبب الشيء جارٍ في المنع مجرى حضور نفسه فإذا عدم هذا المعنى زال ما يجب[5] بوجوده.

وإنما قلنا إن الحجر لا يتـعلق بما يحتاج إليه لأن حقـه مقدم على حق[6] الورثة، فلا يثبت لهم حق الحجر إلا فيما فضل عـن حاجته لأن الحجر لا يدخل في الواجبات وإنما

(١) ثبت في (أ) توفيه.
(٢) ثبت في (ب) وشراء.
(٣) ثبت في (أ) يجري.
(٤) ثبت في (أ) لا محاباة.
(٥) ثبت في (أ) يوجب.
(٦) ثبت في (ب) حقوق.

يدخل فى التطوع، ولأن الوصية مقدمة على الميراث بحق الوصية[١]، فحقه حال الحياة أولى.

وإنما قلنا إنه يمنع من سرف أو ما يخرج عن عادة فى قدر ما يحتاج إليه لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته فكان فى معنى إضاعته وذلك ممنوع فيه.

وإنما قلنا إن تصرفه فى المعاوضات جائز إذا لم يكن فيها محاباة لأن الحجر لا يوجب المنع من التقلب فى المال لأن الورثة لا يتعلق لهم حق فى أعيان المال وإنما الحق لهم فى مقداره ومبلغه.

فصل

الحامل إذا بلغت سته أشهر والمحبوس للقتل فى قصاص أو حد والزاحف فى الصف كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه فى وجوب الحجر عليهم[٢]، خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى فى إجازتهما لهم التصرف ما لم يضرب الحامل الطلق ويقرّب المحبوس إلى القتل وتقدم الزاحف إلى البرَاز[٤]، لقوله تعالى: ﴿فلما أثقلت دعوا الله ربهما﴾ [الأعراف:١٨٩] قيل فى التفسير لما بلغت ستة أشهر، ولأنها بلغت حد الوضع كبلوغها حال الطلق، ولأن الله تعالى[٥] قد جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه فقال: ﴿ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون﴾ [آل عمران:١٤٣] يريد أسبابه وعلاماته، وهذا موجود فى المحبوس للقتل والزاحف فى الصف، ولأن تجويز الموت عليهم مع حضور سببه كتجويزه على المريض مع اختلاف الأمراض المخوفة فى زيادة بقاء المرض[٦] وسرعة تلفه، فإذا كان لا اعتبار به فكذلك فى مسألتنا.

أما الراكب فى البحر الخائف من الغرق: فقال ابن القاسم: حكمه حكم الصحيح،

(١) ثبت فى (ب) لحق الموصى.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٧).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٥٩٦، ٥٩٧)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٤٣١).

(٤) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٢٣)، انظر مغنى المحتاج (٣/ ٥٠).

(٥) ثبت فى (ب) عز وجل.

(٦) ثبت فى (أ) فى زيادتها المرض.

وقال أشهب حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر والزاحف في الصف، وهذا أقيس لأنها حال خوف على النفس كإثقال الحامل.

فصل

إذا أوصى بوصيتين أو أكثر: فإن لم يكن فيها تناقض وما يدل على رجوع نفذ جميعها، وإنما وجب ذلك لأن قصده إلى تنفيذها جميعها ممكن ولا شيء يدل على رجوعه فوجب تنفيذ الكل، وإن كان فيها رجوع عن بعضها نفذ ما لم يرجع فيه وبطل ما رجع عنه لأن ما رجع عنه مفسوخ بما ثبت عليه، فإن أوصى لرجل في موضعين بدنانير أو غيرها مما يكال أو يوزن مما لا يتعين من نوع واحد ولم يذكر إبطالاً لأحدهما ولا أنهما جميعًا للموصى له فله، واحدة منهما لاحتمال أن تكون الآخرة تكراراً لابتداء، فإن كانت إحداهما أكثر من الآخرة فله الأكثر منهما لأنها إن كانت هي الآخرة فقد زاد على الأولى وإن كانت هي[1] الأولى فيحتمل أن يكون الأقل رجوعًا عنها إلى الأقل، ويحتمل أن يكون زيادة مضمومة إليها فالأولى متيقنة فكانت أولى من الأقل، هذه رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالك، وذكر ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون عنه أنه ينظر إلى الأكثر: فإن كان هو في الأولى أعطى الجميع، وإن كان في الآخرة أعطى الأكثر فقط، قال لأنه إذا كان الأكثر هو أول الوصيتين [حمل الأقل بعده على أنه سبيل فيه قراره، وإن كان الأقل أو له الوصيتين][2] كان رجوعًا عن الأولى، هذا الحكم فيه إن كان من نوع واحد، وإن كان من أنواع شتى[3] مثل دنانير وثياب أو عروض فله الوصيتان جميعًا ولا مقال للورثة لأنه لا ينسب إلى تكرار ولا إلى رجوع عن أحدهما[4].

فصل

إذا أوصى بشيء بعينه مثل عبد أو دابة أو ثوب لرجل ثم أوصى به للآخر ولم يذكر

(١) هي: سقطت من (أ).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) شتى: سقطت من (ب).
(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٦)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٣٠).

رجوعًا عن الأول كان بينهما نصفين[١]، خلافًا لمن يقول يكون للأول، ولمن قال إنه للثانى[٢]، لأن وصيته به لآخر لا تحتمل[٣] الرجوع وتحتمل الشركة فلم يحمل على الرجوع مع إمكان غيره، ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو لفلان كان رجوعًا لأنه نقله عن المحل[٤] الأول للذى جعله بعده فانتفى الاحتمال.

فصل

فإن أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم وصى به لرجل، أو أوصى به لرجل أولاً ثم ثانية بالعتق فالآخرة نقض للأولى أيهما كانت هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب الحرية أولى قدمت أو أخرت، ولابن القاسم أنه قد ثبت أن الوصية للثانى يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة وإذا احتملت الشركة [لم يجز حملها على الرجوع على ما بيناه.

فصل

فإذا لم يحتمل الشركة][٥] لم يبق إلا الرجوع، وذلك أن العتق لا يجوز[٦] الاشتراك فيه لأنه بمنزلة ابتداء بتبعيضه، وإذا امتنع ذلك لم يبق إلا الرجوع[٧]، ولأشهب أن العتق مغلب على غيره فوجب تقديمه.

فصل

الوصية لا تجب إلا بموت الموصى وقبول الموصى له بعد موته، لأن الموصى ما دام حيًا فله الرجوع فى الوصية فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله، وإذا مات وجب أن يكون للموصى له حق القبول فإن قبل تمت الوصية وإن ردها عادت ميراثًا أو فيما جعلها فيه إن كان شرط ذلك، ولا يدخل فى ملكه بموت الموصى دون القبول، خلافًا

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٧).
(٢) قال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: وصيته للآخر منها. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ٤٨٣).
(٣) ثبت فى (ب، هـ) يحتمل.
(٤) ثبت فى (ا) الحمل.
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٦) ثبت فى (ب) لا يكون.
(٧) ثبت فى (ب) أنه رجوع.

لأحد أقاويل الشافعي[١]، لأنه تمليك عين فافتقر إلى القبول كالهبة واعتباراً بالهبة حال الحياة.

وأما إن مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد: فقد قال شيخنا أبو بكر الأبهري الأشبه أن تكون لورثة الموصى بها [لأنها على أصل ملك أبيهم إلى أن يخرج عنهم بقبول الموصى له][٢] وقال غيره من شيوخنا يكون القبول لورثة الموصى له لأنه حق وجب له فإذا مات انتقل إلى ورثته فقاموا فيه مقامه كسائر الحقوق وهذا كأنه أقيس.

فصل

إذا أوصى لرجل بشيء من ماله بعينه وله أموال كثيرة من عين وعروض وعقار وديون، وكان ما أوصى له به دون الثلث من جميع تركته فقال الورثة: لا نعطيه هذا لأنا لا نأمن أن يتلف الديون أو العروض قبل القبض أو البيع فيكون قد فات[٣] بالعين التي أخذها، فعندنا أنهم مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما أوصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث الميت، ثم هل يقطع له بثلثه[٤] في جميع التركة أو في الشيء الموصى له به بعينه على روايتين، وقال أبو حنيفة[٥] والشافعي له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكًا في جميع ما تركه الميت حتى يستوفي تمام قيمته[٦]، فدليلنا أن الورثة متعدى عليهم لأن الميت لم يكن له أن يوصى من العين بأكثر من قدر نصيبه منه وهو الثلث منها، فلما وصى بجميعها كان متعديا فكان الخيار للورثة بين أن ينفذوا ما وصى به أو يفرجوا عن الثلث لأنه إذا تعدى إلى مال ليس له وجب رد تعديه إلى ماله وإذا كان كذلك ثبت ما قلناه.

ووجه قصر الثلث على العين الذي وصى بها فلأنه لم يرد الوصية بغيرها وإنما أراد

(١) ذكره الإمام النووي. وقال: متى يملك الموصى له الموصى به؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: بالموت. والثاني: بالقبول. والثالث: وهو الأظهر أنه موقوف فإن قبل تبينًا أنه ملك بالموت وإلا بان أنه كان للوارث. انظر المغني لموفق الدين (١٤٣/٦)، انظر مغني المحتاج (٣/ ٥٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت في (ب) قد فاز.

(٤) ثبت في (أ) بمثله.

(٥) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية للمرغيناني (٤/ ٥٩٠) ، انظر الاختيار للموصلي (١٤٥/٤).

(٦) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠٢)، انظر مغني المحتاج (٣/ ٤٩).

هذه العين فمهما وجدنا سبيلاً إلى إخراج العين كان أولى، ووجه القول الآخر أن التعدى إذا سقط ورد إلى الثلث صار فى حكم من وصى بالثلث ابتداء.

فصل

إذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم الأوكد فالأوكد، فالمدبر فى الصحة يقدم على المبتل[١] فى المرض، وعلى المدبر فى المرض لقوة التصرف فى الصحة على التصرف فى المرض والعتق المبتل فى المرض يقدم على الوصية بالعتق[٢] لأن المبتل ليس له فيه رجوع إذا صح والوصية يرجع فيها، وإذا أوصى بعتق عبد بعينه كان فى ملكه أو ليشترى ويعتق كان مقدمًا على غيره من الوصايا لتأكد حرمة العتق، وإن كانت الوصية بعتق غير معين فهى وسائر الوصايا سواء لأنها وصية بمال، والوصية بعتق معين تبدى على الزكاة لأنها حرمة ثبتت فى البدن، ولأن العتق مبنى على التغليب، وقال عبد الملك الزكاة مبتدأة لأنها حق من حقوق الله تعالى، وإذا أوصى بزكاة وكفارة قدمت الزكاة على الكفارة لتأكيد وجوبها[٣].

فصل

إذا فرط فى زكاة عليه: فإن أوصى لزم الورثة إخراجها عنه، وإن لم يوص لم يلزم الورثة[٤] خلافًا للشافعى[٥]، لأن إخراجها موكول إلى اجتهاد[٦] أمانته فيجوز أن يكون قد أخرجها إلا أن يعلم أنه لم يفرط مثل أن يحول الحول وهو مريض لا يعقل أو يؤدى إليه الغريم نصابًا من دينه فهذا يجب أداء الزكاة من رأس المال وصى بها أو لم يوص لزوال التهمة فيها، وإذا أوصى بما فرط فيه فهو من الثلث، خلافًا للشافعى[٧]، لأنه

(١) على المبتل: سقطت من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٥).

(٣) قال ابن عبد البر فى الكافى: قال عبد الملك: يبدأ العتق المعين على الزكاة، والزكاة مبدأة على كفارة اليمين. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٥).

(٤) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٣٠٩)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٤١).

(٥) فى قوله: إن الزكاة يجب أخراجها أوصى أو لم يوصِ. انظر المهذب للشيرازى (١/ ٤٥٣)، انظر روضة الطالبين (٦/ ١٣١).

(٦) إجتهاد: سقطت من (ب).

(٧) فى قوله: إنها تكون من رأس المال. وقال الإمام النووى: وقيل: يكون ذلك من الثلث وهو ضعيف. انظر روضة الطالبين (٦/ ١٣١)، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٤٥٣).

يتهم أن يكون أراد الانتفاع بالمال حياته وصرفه عن ورثته بعده فكانت كالوصايا ولم تكن كالديون.

فصل

وإذا تزاحمت الوصايا [قدمت على ما هو أضعف منها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها وسائر الوصايا][1] سواء[2] لتأكيدها على غيرها إذ لولا التهمة لكانت من رأس المال.

فصل

وإذا أقر المريض بدين لوارث فقد بيناه فى باب الإقرار لأن المراعى[3] فيه التهمة، وإذا أقر بأمانات كودائع وفرائض[4] لمن لا يتهم له: فإن وجدت بأعيانها ردت على أصحابها، وإن لم تعرف كانت كالديون، ويحاص بها عند ضيق المال لأنه إذا أقر بها ولم يذكر أنها تلفت فالظاهر استهلاكه لها وتعلقها بذمته.

فصل

وإذا أوصى لرجل بمائتين ولآخر بمائة ولثالث بمثل إحدى الوصيتين ولم يبين أيهما أراد ففيها روايتان: إحداهما أن له نصف الأولى ونصف الثانية[5]، والثانية أن له مثل الآخرة، وقال أشهب له مثل الأقل منهما.

فوجه الأولى أن مقدار الصغرى متحقق أنه موصى له به ونصف الكبرى فيصير النزاع فى النصف الآخر من الكبرى فيتداعيانه[6]، ولا بينة لواحد منهما فيكون بينهما، ووجه الثانية أن قوله له مثله ترجع الكناية منه إلى الأقرب وهو الذى يليه لأنه الظاهر من الكلام، ووجه قول أشهب إن الأقل متيقن وما زاد عليه فمشكوك فيه فكان اليقين دون الشك وبالله التوفيق.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره ملك العلماء الكاسانى. وقال: واختلفت الرواية عن أبى يوسف فى الحج والزكاة روى عنه: أنه يبدأ بالحج وإن أخره الموصى فى الذكر وروى عنه أنه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٧١).

(٣) ثبت فى (أ) المدعى.

(٤) ثبت فى (ب) كوداع وقرائض.

(٥) ذكرها فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٩).

(٦) ثبت فى (أ) فيدعيانه.

٣٩
كتاب المواريث [١]

الأسباب التى يتوارث بها ثلاثة: الرحم والولاء والنكاح، والعلل المانعة من الميراث ثلاثة: كفر ورق وقتل، فالمسلم والكافر لا توارث بينهما، والعبد الذى يستغرقه الرق ومن فيه بقية منه لا يرث ولا يورث إلا بالملك، وكذلك من فيه عقد من عقود العتق، وقاتل العمد لا يرث مقتوله، وقاتل الخطأ يرث من غير الدية، والمرتد لا يرث بحال[٢].

فصل

وإنما قلنا إن الرحم يورث بها لإيجاب الله تعالى التوارث بين الوالدين والمولودين والإخوة وغيرهم من الأنساب، وكذلك النكاح لإيجابه تعالى الموارثة بين الزوجين، وأما الولاء فقد بيناه فيما تقدم.

فصل

وإنما حصرنا وجوه[٣] التوارث على هذه الثلاثة، لأن التوارث بغيرها إما أن يكون مجمع على منعه وأنه لم يثبت، أو على أنه منسوخ إن كان ثبت فى وقت مثل التوارث بالنصرة والهجرة والحلف والأخوة والمولاة، وأنه لا يكون إلا ببعض ما قدمناه من الأسباب الثلاثة.

---

(١) المواريث فى اللغة: جمع ميراث وهو المال المخلَّف عن الميت أصله موراث انقلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ويقال له: التراث أيضًا أصل التاء فيه واو وفى الجمع رجعت إلى غيرها. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلى (ص ٢٩٩).
وفى الاصطلاح يقال لها: الفرائض وهو الفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذى حق فى التركة. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٨٧).
وقال الشيخ الدردير فى الشرح الكبير: هو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٥٦).
(٢) انظر المدونة (٣/ ٨٧). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٨٦).
(٣) ثبت فى (ب)، (هـ) وجوب.

فصل

وإنما قلنا إن الكافر لا يرث المسلم لقوله ﷺ «لا يرث الكافر المسلم»[(١)]، وقوله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين»[(٢)]، وللإجماع على ذلك[(٣)]، وإنما قلنا إن المسلم لا يرث الكافر خلافًا لمعاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية[(٤)]، واعتبارًا بالكفر بعلة اختلاف الدينين، وإنما قلنا إن العبد لا يرث لأن الميراث مبنى على تساوى الحرم فلو قلنا إنه يرث لكان مورثه لا يخلو أن يكون مات حرًا أو رقًا: فإن كان مات رقًا فسيده أولى بماله، ولأن بسبب الحر لا يرثه ليقدم[(٥)] سيده عليه والعبد أولى، وإن كان مات حرًا فحرمته مخالفة لحرمته فلم يرثه، فأما سيده فيرثه بالرق لا من[(٦)] طريق حقيقة الإرث، وإنما قلنا إن من فيه بقية رق فإنه لا يرث خلافًا لمن ورَّثه[(٧)] لوجود الرق فيه كما لو استغرقه، ولا يجوز أن يقابل بأن يقال يجب أن يرثه للحرية التى فيه كالحر الكامل لأن المانع والمبيح إذا اجتمعا غلب المنع، ولأن أحكام الرق أغلب عليه بدليل منع شهادته ونقصان حدوده وطلاقه وسقوط الجمعة عنه والحج وغير ذلك لأن الميراث مشروط بتساوى الحرم على ما بيناه.

وإنما قلنا إن ماله إذا مات لمن فيه بقية رق لمالكه خلافًا لأصحاب الشافعى فى قولهم إن ورثته يرثون نصيبه الحر[(٨)]، وقول[(٩)] بعضهم إنه لبيت المال[(١٠)]، لأن كل من لم يرث

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود فى الفرائض (٣/ ١٢٥) ح (٢٩١١)، والترمذى فى الفرائض (٤/ ٤٢٤) ح (٢١٠٨)، وابن ماجه فى الفرائض (٢/ ٩١٢) ح (٢٧٣١)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٦٣) ح (٦٨٥٦).

(٣) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦٥)، انظر فتح البارى (١٢/ ٥١, ٥٢).

(٤) وقال ابن قدامة: وحكى ذلك عن عمر رضى الله عنه أيضًا. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦٦)، انظر فتح البارى (١٢/ ٥١).

(٥) ثبت فى (ب) لتقدير.

(٦) ثبت فى (أ) ولأن.

(٧) روى عن المزنى وابن سريج: أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤)، انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠).

(٨) انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤)، انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠).

(٩) ثبت فى (ب) وقال.

(١٠) وهو على قول الشافعى القديم وهو منسوب إلى أبى سعيد الإصطخرى ونقله الفرضيون عن ابن سريج كذا ذكره الإمام النووى. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤) انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠).

لمعنى لولاه لورث فإنه لا يورث، أصله العبد والكافر، ولأن قدر ما فيه من الحرية [إذا لم يوجب له أن يرث لم يوجب له أن يورث، ولأن أحكام الرق أغلب عليه وقدر ما فيه من الحرية][1] لم يجعل حكمه حكم الأحرار بقدره فى أن يستحق بعض حد الفرية والتغريب والحصانة وقبول الشهادة وغير ذلك فكذلك الميراث.

فصل

وإنما قلنا إن من فيه عقد من عقود العتق: كأم الولد والمكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل فى منع الإرث كالعبد لأن الرق باق عليهم بدليل أنهم لا يرثون به لأن عقد الحرية ليس بآكد من مباشرتها، وقد بينا أنها إذا لم يستغرق وبقيت بقية[2] من الرق لم يحصل بها توارث فما دونه أولى.

فصل

وإنما قلنا إن قاتل العمد لا يرث لقوله ﷺ: «ليس لقاتل العمد[3] شىء»[4]، وروى ليس لقاتل العمد[5] ميراث[6]، وللإجماع على ذلك[7]، ولأن التهمة تؤثر فى المواريث[8]

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ،هـ).

(٢) ثبت فى (أ) بقية رقبته.

(٣) العمد: سقطت من (ب).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٦٧) ح (١٠)، والدارقطنى فى سننه (٤/ ٩٥ ـ ٩٦) ح (٨٤)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٦١) ح (١٢٢٤١).

(٥) العمد: سقطت من (ب).

(٦) أخرجه ابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨٣) ح (٢٦٤٥)، فى الزوائد: إسناده حسن. وأحمد فى المسند (١/ ٦١) ح (٣٤٨).

(٧) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن القاتل عمدًا لا يرث من مال من قتله ولا من ديته شيئًا. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٧٠).

وقال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئًا إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورَّثاه، وهو رأى الخوارج. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦١).

وقال ابن تيمية: واتفقوا أنه لا يرث القاتل عمدًا بالغ ظالم عالم بأنه ظالم من الدية خاصة واختلفوا فيما عدا ذلك وروينا عن الزهرى: أن القاتل عمدًا يرث من المال لامن الدية. انظر مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ٩٨).

(٨) ثبت فى (ب) الميراث.

فى الإدخال والإخراج بدليل أن المتزوج فى المرض المخوف لا يرث بالتهمة بإدخال وارث على روثته، ولأن المطلقة ترث[١] فيه للتهمة بمنعها[٢] من الميراث والقاتل عمدًا متهم باستعجال الميراث فمنع منه.

فصل

وإنما قلنا إن قاتل الخطأ يرث خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى[٤]، لعموم الظواهر[٥] مثل قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله فى أولادكم﴾ [النساء:١١] وغيره ذلك، وروى هشام بن عروة عن أبيه عن النبى ﷺ: فى قاتل[٦] الخطأ يرث من المال ولا يرث من الدية[٧]، ولأن كل معنى لا يمنع التساوى فى الحرم والدين ولا يوجب القود لا يزيل جهة التوارث ولا يمنع الميراث، أصله غير القتل من سائر الأفعال، وفيه احتراز من الطلاق فى الصحة لأنه يزيل جهة التوارث.

فصل

وإنما قلنا لا يرث من الدية خلافًا لمن قال إنه يرث منها لأن الدية واجبة عليه بجناية والعاقلة تحملها[٨] عنه تخفيفًا، ولا يجوز أن يجنى جناية يستحق بها مالاً لأن الجناية إن لم تلزمه شيئًا فلا أقل من أنها لا تقيده استجلاب مال.

فصل

أما المرتد فأمره مراعى موقوف على توبته: فإن تاب عاد إلى ما كان عليه من أحكام الإسلام، وإن قتل أو مات على ردته انتقل ماله إلى بيت المال ولم يرثه ورثته من

(١) لوث: سقطت من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) منها.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. وقال: وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمدًا كان أو خطأ. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٩٩)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٤٥٤).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: ومن أصحابنا من قال: لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤)، انظر روضة الطالبين (٦/ ٣١).

(٥) ثبت فى (أ) الظاهر.

(٦) ثبت فى (ب) قتل.

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٦٠) ح (١٢٢٣٧).

(٨) ثبت فى (أ) حاملة.

المسلمين ولا من أهل الدين الذى انتقل إليه وقد بيناه فيما تقدم.

فصل

لا يجب ميراث بشك[١]، فإن قتل قرابة[٢] يتوارثون بين الصفين أو غرقوا أو ماتوا تحت الهدم ولم يعلم الأول منهم لم يورث بعضهم من بعض وورثهم ورثتهم من الأحياء، مثل أخوين لأب ملكا ببعض ما ذكرناه وترك كل واحد زوجة وأمًا وأختًا من أم فإن الباقى عندنا يكون لبيت المال دون الأخ الآخر، واختلف الصحابة رضى الله عنهم فى ذلك فذهب بعضهم إلى هذا[٣] وبعضهم إلى توريث كل واحد منهم من الآخر[٤]، وإنما قلنا ذلك لأن المواريث[٥] لا تجب بالشكوك ولما شككنا فى أيهما مات أولاً لم يجز أن يرث وارث مشكوك فى استحقاقه الميراث.

فصل

إذا طرح[٦] الجنين فاستهل صارخًا فقد ثبتت حياته ويرث ويورث وكذلك إن أقام أيامًا وإن لم يصرخ بذلك يقوم فى باب العلم بحياته مقام الصراخ، وإن تحرك ثم مات ولم يصرخ لم تثبت حياته فلا يرث ولا يورث، واختلف فى العطاس وقد بيناه فيما تقدم.

---

(١) ثبت فى (ب) الشك.

(٢) ثبت فى (أ) قرابته.

(٣) روى ذلك عن أبى بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن على رضى الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهرى والأوزاعى والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ويروى ذلك عن عمر وعبد الرحمن بن عوف والحسن البصرى وراشد بن سعد وحكيم بن عمير، وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (١٨٦/٧).

(٤) وهو قول عمر وعلى وشريح وابراهيم والشعبى وهو رواية عن أحمد بن حنبل وهو قول إياس ابن عبد الله المزنى وعطاء والحسن وحميد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وحكى ذلك عن ابن مسعود. انظر المغنى لموفق الدين (١٨٦/٧).

(٥) ثبت فى (ب) التواريث.

(٦) ثبت فى (ب) سقطت.

فصل

من ألحق بأبيه بعد موته ورثه[١] لأن المقر بنسب ولد منه أو الشهود الذين يثبتون الأنساب إنما يثبتون نسبًا متقدم الثبوت[٢] على الموت لا حادثًا بعده، وإذا كان كذلك ثبت أن الموت طرأ على نسب حاصل ثابت فوجب أن يستحق الميراث به.

فصل

إذا مات وله وارث فيه بعض الأسباب المانعة من الميراث من كفر أو رق فزالت بعد الموت وقبل القسمة لم يرث، خلافًا لمن قال إنه يرث إذا زالت[٣]، لأن كل من لم يكن وارثًا فى حال الموت لوجود معنى فزواله بعد الموت لا يصيره وارثًا، أصله بعد القسمة.

فصل

ولد الملاعنة إذا مات وترك أمه وإخوته لأمه ورثوا منه[٤] سهامهم وكان ما بقى لموالى أمه إن كانت معتقة، وإن كانت عربية فللمسلمين ولا يكون لعصبتها، وقال ابن مسعود هى عصبته فيكون ما بقى لها فإن لم تكن فعصبتها عصبته[٥]، وإنما قلنا: إن الفاضل لموالى أمهم لأنهم عصبة له، ولأنه ينسب إلى ولايتهم، وإنما قلنا: إن العربية يكون الفاضل من ميراث ولدها للمسلمين دونها لأن الأم لها رحم محض فلا يكون عصبة بالنسب على وجه كالإخوة من الأم، وإنما قلنا إن عصبتها ليسوا عصبة لولدها لأنهم أخوال وذوو أرحام فلا تعصيب فيهم.

فصل

وإذا ولدت الملاعنة توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم وأب لأن لعان أبيهما يسقط

---

(١) انظر المدونة (٣/ ٨٩).

(٢) ثبت فى (ب) شيئًا متقدم الثبوت.

(٣) روى ذلك عن الأثرم ومحمد بن الحكم وروى أيضًا عن عمر وعثمان والحسن بن على وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحميد وإياس بن معاوية وإسحاق وبه قال الحسن وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٧١، ١٧٢).

(٤) ثبت فى (أ) منهم.

(٥) ذكره ابن قدامة فى المغنى. وقال: وروى نحوه عن على ومكحول والشعبى وهو الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٢٣).

نسبهما منه دون توريثهما بينهم.

فصل

ولد الزنا لاحق بأمه، والحكم فيه كـالحكم فى ولد الملاعنة إلا أنها إذا ولدت توأمين توارثا بأنهما أخـوان لأم بخلاف ولد الملاعنة لأنه لا شبهـة لهما فى نسبـهما من واطء لأم.

فصل

الأعاجم إذا انتسبوا[1] لم يقبـل قولهم فى أنسـابهم فى باب التوارث إلا أن تشـهد بذلك بينة[2] بهـا، فأمـا ما يقـول القائـل منهم: هذا أخى، هذا ابنى[3] فلا يقـبل منه ذلك[4]، لأنه يريد بذلك قطع اسـتحقاقنـا لإرثه فلا يقبل، فـإن كانت ولادتهم فى دار الإسلام أنـسابهم تثـبت، فأمـا بلدان أعاجم المسلمـين الذين يحـفظون أنسابهم فـإنهم كالعرب فى ثبوتها والحكم بها[5].

فصل

ولا يرث ذوو الأرحام شيئًا خلافًا لأبى حنيفة[6] والشافعى[7]، وهم من عدا السبعة عشر الوارثين بالأسـباب الثلاثة، وعدة أصول ذوى الأرحام أربعـة عشر: ولد البنات، والجـد أبو الأم، [والجـدة أم أبى الأم][8]، وولد الأخ للأم، وولد الأخـوات، وبنات الإخوة وبنات العـمومة، والعمـة وولدها والخال والخالة وولداهمـا والعم أخو[9] الأب

(١) ثبت فى (ب) سبوا.
(٢) ثبت فى (ب) أن يشهد بينة بسببها.
(٣) ثبت فى (ب) وهذه بنتى.
(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٤٥).
(٥) ثبت فى (أ) فى ثبوتهم الحكم بها.
(٦) فى قوله أنهم يرثون. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٨٥)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٤٥٨).
(٧) وهو أحد قولين فى مذهب الشافعى. والصحيح عند الشافعية: أنهم لا يرثون شيئًا. انظر روضة الطالبين (٦/ ٦).
(٨) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٩) ثبت فى (أ) أخ.

لأمه ومن جرى مـجراهم فى هذا[1] النسب، ودليلنا مـا روى أن رسـول الله ﷺ دعى لجنازة فقيل ترك عمة وخالة فقال: «اللهم وعمة وخالة» ثم قال «ما أجد لكما فى كتاب الله شيئًا»[2]، وفى بعض طرقه «أن جبريل يخبرنى أنه لا شيء لهما»[3] ولأن كل بنت[4] أنثى لم ترث مع أختها إذا انـفردت، أصله بنت المولى، ولأن المولى المنعم لما قدم على ذوى الأرحام دل على أنه لا حق لهم فى الإرث لأن الولاء[5] لا يتقدم على النسب.

فصل

إذا استوفى أهل الفروض[6] حقوقهم كان الفاضل[7] لبـيت المال ولا يرد على ذوى السهام، وذهب على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى الرد وتابعه عليه ابن مسعود على اختلاف بينهـما فى كيفيته واتفـقوا على أنه لايرد على زوج ولا زوجة[8]، ودليلنا قوله تعـالى فى البنت ﴿**وإن كـانت واحدة فلهـا النصف**﴾ [النساء:١١]، وفى الأخـت ﴿**فلها نصف ما ترك**﴾ [النساء:١٧٦] فلم تجز الزيادة عليه، ولأن كل من ورث مقداراً من فريضة لم يستحق زيادة عليه إلا بتعصيب كـالزوج والزوجة، ولأن المسلمين يعقلون عنه فجاز أن يرثوا ما فضل عن ذوى السهام كالموالى[9].

فصل

الخنثى يعـتبر منهـا بالمبال، فـإن بال من الذكر حكم له بحكم الـذكر، وإن بال من الفرج حكم له بحكم الأنثى، وإن بال منهما جميعًا فهو الخنثى المشكل فيكون له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى متفق عليه[10]، لأن أسوأ أحواله أن يكون أنثى، وما

(١) ثبت فى (ب) بعد.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٤٩) ح (١٢٢٠٣).

(٣) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/ ٩٩) ح (٩٨)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٥٠) ح (١٢٢٠٤).

(٤) بنت: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) المولى.

(٦) ثبت فى (ب) الفرائض وفى (هـ) إذا استغرق أهل الفرائض.

(٧) ثبت فى (ب) كان ما بقى.

(٨) فكان ابن مـسعود لا يرد على بنت ابـن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذى سهم وعلىٌ يورثهم جميعهم. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٤٦).

(٩) ثبت فى (أ) كالمولى.

(١٠) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٧١)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١١٤).

زاد عليهـا فتنازع بينه وبين بقـية الورثة وليس لأحـد الفريقين مـزية على صاحـبه لأن الإشكال قائم فوجب أن يقسم بينهما كالتداعى، والخلاف فى هذه المسألة كبير[١] جدًا لا يحتمله هذا الباب.

فصل

إذا اجتمع فى شخص واحد سببان يورث بكـل واحد منهما فرض مقدر: فإنه يرث بأقواهما، ويسقط الأضعف سواء اتفق ذلك فى المسلمين أو المجوس وذلك كالأم تكون أختًا أو الابنة تكون أختًا، ولا يلـزم على ما قلناه ابن عم يكون أخًا لأم لأنه بكونه ابن عم لا يرث فرضًا مقدرًا وإنما يرث بالتعصيب، وقال أبو حنيفة يرث بالسببين جميعًا[٢].

وإنما قلنا ذلك لأنهما سبـبان يورث بهما عن جنس واحد فإذا اجتمـعا لم يرث بهما كـالأخ يكون مولى [أو ابن عم يكون مـولى][٣]، ولأنهما قـرابتان يورث بكل واحدة فرضًا مقدرًا فإذا اجتمعا لم يرث بهما، ثم كذا أخت للأب[٤] والأم لأن كونها أختًا لأب يوجب النصف ولأم يوجب السدس، ثم إذا اجتمعت القرابتان لم ترث بالجميع [وورثه بالأقوى][٥].

---

(١) ثبت فى (أ) كثير.

(٢) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ١٦٥)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٤٦٠).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (ب) كالأخت للأب.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

المجتمع على توريثهم من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا[١]، والأخ من أى جهة كان وابن الأخ وإن سفل، والعم وابن العم وإن سفل، والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبعة: الابنة وابنة الابن وإن سفلت، والأم والجدة وإن علت، والأخت والزوجة والمولات وكل واحد من الرجال إذا انفرد بالمال أحرزه إلا الزوج والأخ لأم وليس من النساء من يحوز المال إلا المولات فقط[٢].

فصل

والمواريث ضربان: ضرب بتعصيب، وبفرض مقدر، فالعصبة إذا انفرد بالمال أحرزه وأن كان معه ذو سهم أخذ ما فضل عنه قل أو كثر، وإن لم يفضل شيء سقط والفرض لا يستحق من يرث به شيئًا سواه لا بزيادة ولا بنقصان إلا أن يحجب عنه أو ينقصه العول عند مزاحمة غيره له على ما سنبينه.

فصل

والفرض ضربان[٣]: فرض هو أصل مقدر بالنص وفرض ليس بأصل ولكنه يثبت لعارض أوجب خروجه عن الأصل، فأما الفروض التى هى أصول فستة وهى: النصف ونصفه وهو الربع ونصفه وهو الثمن، والثلثان ونصفهما وهو الثلث ونصفه وهو السدس:

فالنصف فرض خمسة: ابنة الصلب إذا لم يكن معها ابن وابنة الابن إذا انفردت، والأخت للأب وللأم إذا انفردت، والأخت إذا انفردت، والزوج إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن.

والربع: فرض صنفين الزوج مع الولد أو ولد الابن، والزوجة والزوجات إذا

---

(١) وإن علا: سقطت من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٥٢)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٢٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٥٩).

(٣) ثبت فى (ب): ضرب.

اجتمعن ولم يكن للميت ولد ولا ولد ابن.

[والثمن: فرض صنف واحد وهو الزوجة والزوجات إذا اجتمعن مع الولد أو ولد الابن][1].

والثلثان: فرض أربعة فرض الاثنين فصاعداً من بنات الصلب إذا انفردن، وللاثنتين فصاعداً من بنات الابن إذا انفردن [والاثنتين فصاعداً من الأخوات للأب والأم، وللأب إذا انفردن][2].

والثلث: فرض صنفين الأم مع عدم الولد أو ولد الابن، أو الاثنين فصاعداً من الأخوات، وفرض الاثنين فصاعداً [من ولد الأم.

والسدس: فرض سبعة فرض كل واحد من الأبوين، والجد مع الولد أو ولد الابن، وفرض الجدة والجدات إذا اجتمعن، وفرض بنات الابن مع الواحدة من بنات الصلب إذا انفردن، وفرض الأخوات للأب مع الواحدة من الأخوات للأب والأم إذا انفردن، وفرض الواحد)[3] من ولد الابن ذكراً كان أو أنثى وأما الفرض الخارج عن هذه فهو الثلث ما بقى فى ثلاث [مسائل وهى: زوج أو زوجة وأبوان فإنه يفرض للأم فيها ثلث ما بقى][4]، وفى مسائل الجد مع الإخوة إذا كان معهم ذو سهم وكان ما بقى أحظى له.

فصل

الحجب[5] ضربان[6]: إسقاط وحجب عن بعض الميراث.

فأما الإسقاط فلا يكون فى خمسة ويكون فيمن عداهم فولد الصلب والأبوان والزوجان لا يسقطون بوجه، ويسقط ولد الابن بذكور ولد الصلب [ويسقط الجد بالأب

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) الحجب فى اللغة: المنع والستر. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٥٢).

وفى الاصطلاح: منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظِّه. وذكره الشيخ أحمد الصاوى. انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٤٥٤).

(٦) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٥٤، ١٠٥٥)، انظر بلغة السالك (٢/ ٤٥٤).

فقط[(1)] ويسقط الإخوة والأخوات مع ثلاث ذكور ولد الصلب وولد الابن ومع الأب هذا فى الجملة، فأما التفصيل فيسقط ولد الأب بذكور ولد الأب والأم ومن يسقطهم، ويسقط ولد الأم بأربعة: ولد[(2)] الصلب وولد الابن وبالأب وبالجد ويسقط بنو الإخوة ببنى الإخوة للأب وللأم، [ويسقط العمومة بنو الإخوة][(3)] ويسقط بنو العمومة وكل من أسقط غيره ويسقط من المسقط[(4)]، وتسقط الجدات بالأم، وتسقط أم الأب بالأب، ومن قربت درجته منهن أسقطت البعدى إذا كانت من جهتها فإن كانت من جهتين فإن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب والقربى من جهة الأب [لا تسقط البعدى من جهة الأم[(5)]][(6)] بل تشاركها فى الميراث، ولا ترث من الجدات إلا جدتان أم الأم وأمهاتها وأم الأب وأمهاتها، ولا ترث أم جد، فإذا استكمل بنات الصلب الثلثين سقطت بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهن أو أنزل فيعصبهن ويقسم ما بقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلثين سقطت[(7)] بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهن أو أنزل منهن فيتعصبهن ويقسم ما بقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلثين سقطت[(8)] الأخوات للأب إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهن لا أنزل منهن، ولا يعصبه ولد الإخوة والأخوات بخلاف ولد الابن فى تعصيبهم بنات الابن الأعلين، وأربعة من الذكور يعصبون الإناث فى درجتهم: ولد الصلب الذكور وذكور ولد الابن والإخوة للأب والأم والإخوة للأب كل صنف من هؤلاء يقتسمون المال مع إناثهم فى درجتهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وليس فى النساء عصبة إلا الأخوات للأب والأم أو للأب[(9)] إذا انفردن عن إخوة فى درجتهن مع بنات الصلب أو بنات الابن فإنهن يكن عصبة، وترث البنت النصف

---

(1) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(2) ثبت فى (أ) بولد.

(3) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(4) ثبت فى (ب) أسقط من أسقط المسقط.

(5) ثبت فى (ب) من جهتها.

(6) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(7) ثبت فى (ب) سقط.

(8) ثبت فى (ب) سقط.

(9) أو للأب: سقطت من (ب).

والبنات الثلثين وتأخذ الأخوات ما بقى هذا حجب إسقاط.

وأما الحجب عن بعض الفروض فيحجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن ذكورهم وإناثهم فقط، ويحجب الأم عن الثلث حجبان: حجب إلى السدس وهو بالولد وولد الابن أو الاثنين فصاعداً[1] من الإخوة والأخوات، وحجب إلى الثلث ما بقى يحجب بها الأب فى مسألتين: وهما زوج وأبوان، وامرأة وأبوان، ويحجب الأب إلى السدس الولد وولد الابن فإن كان الولد ذكوراً أخذوا الباقى، وإن كانوا إناثًا أخذن فروضهن وأخذ الأب السدس معهن وكان ما بقى له بالتعصب.

(١) فصاعداً: سقطت من (ب).

باب

وأما الجد فله باب ينفرد به ولا يحجب إلا من يرث ولا يحجب عبد ولا كافر ولا يحجب غير الوارث إلا فى موضوع واحد وهو الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولا يرثون مع الأبوين(١) شيئًا.

فصل

النصوص الواردة بتوريث من ذكرناه من عدد الذكور والإناث والإجماع عليه(٢) مغن عن زيادة فيه، وإنما قلنا إن ما فضل عن ذوى السهام للعصبة لقوله ﷺ: «ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر»(٣)، وإنما قلنا إنه إذا لم يفضل شىء فلا شىء لهم فإن ذوى السهام إذ أقدموا عليهم كان حقهم فيما فضل عنهم فإذا استغرق ذووا(٤) السهام المال سقطوا.

وإنما قلنا إن ذوى السهام لا يستحقون زيادة على سهامهم لأن الزيادة على ذلك لا تستحق إلا برد أو تعصيب والرد قد أبطلناه، والتعصيب يستحق الزيادة به، وإنما قصرنا الفروض على الستة المقدرة لأن النص لم يرد بما سواها، وللإجماع على أنه لا مدخل لنا فى الفروض(٥) فيها من خمس أو سبع أو تسع أو عشر فوجب قصرها على ما ذكرناه.

وإنما قلنا إن فرض البنت الواحدة النصف لقوله تعالى: ﴿**وإن كانت واحدة فلها النصف**﴾ [النساء:١١] ولا خلاف فيه(٦)، وإنما قلنا إن البنتين فأكثر لهما الثلثان لقوله

---

(١) ثبت فى (ب) مع الأب.

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٦ ـ ٦٩)، انظر الشرح الكبير لابن أبى عمر المقدسى (٤/ ٣) ط دار الفكر.

(٣) أخرجه البخارى فى الفرائض (١٢/ ١٢) ح (٦٧٣٢)، ومسلم فى الفرائض (٣/ ١٢٣٣) ح (٢/ ١٦١٥).

(٤) ذو: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) لا مدخل فى الفروض. وفى (أ) لا مدخل للباقى للفروض.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١١)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٠٦).

تعالى: ﴿وإن كن نسـاء فوق اثـنتين فلهن ثـلثا مـا ترك﴾ [النساء :١١] ولا خلاف فـيه أيضًا[١].

وإنما قلنا إن للاثنين الثلثان[٢] خلافًا لمن ذهب إلى أن لهما النصف[٣] لأنه قال تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء:١١] فبين حكم الواحدة وحكم ما زاد على الاثنتين، فكان مفهـومه إن كن نساء اثنتين[٤] فما فوقـهما فلهن الثلثان، ولأن لابنة[٥] الابن مع بنات الصلب السدس تكملة الثلثين، وفائدة ذلك أنها تقـوم معها مقام بنت أخرى فى استغراق الثلثين، ولأن كل إناث كان فرض الثلاث منهن الثلثين فكذلك فـرض الابنتين، أصله الأخـوات وإنما قلنا إن فـرض الواحـدة من بنات الابن النصف وفرض الاثنتـين فصاعـدًا الثلثان للإجمـاع على قيام ولد الابن مـقام ولد الصلب عند عدمهم ولا خلاف فى ذلك[٦].

وإنما قلنا إن فـرض الواحـدة من الأخـوات للأب والأم أو للأب النصف، وفـرض الاثنتين فصاعدًا الثلثان لقوله تعالى: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد ولـه أخت فلها نصف ما ترك...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فلهما الثلثان مما ترك﴾ [النساء:١٧٦] وهذا عام فى الشقائق وولد الأب[٧].

وإنما قلنا إن كل ما زاد على الاثنتين فرضـها الثلثان [لأن كل عدد زاد على الواحدة ممن فرضها النصف ففرضه الثلثان][٨] كالبنات وكالابنتين.

وإنما قلنا إن فـرض الزوج مع عدم الولد وولد الابن النصف، ومـعهم الربع لـقوله تعالى: ﴿ولكم نصف مـا ترك أزواجكم إن لم يـكن لهن ولد فـإن كـان لهن ولد فلكم

---

(١) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٦٦)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/٨)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/٣٠٧).

(٢) الثلثان: سقطت من (ب).

(٣) وهو رواية شاذة عن ابن عباس كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسى. انظر المغنى لموفق الدين (٧/٨).

(٤) ثبت فى (ب) فوق اثنتين.

(٥) ثبت فى (ب) لبنت.

(٦) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٦٦)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١١).

(٧) ثبت فى (أ) وولد الابن.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الربع مما تركن﴾ [النساء:١٢] فلا خلاف فى ذلك[١]، وإنما قلنا الفرض للزوجة والزوجات مع عدم الولد وولد الابن الربع ومع وجودهم الثمن لقوله تعالى: ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾ [النساء:١٢] ولا خلاف فيه[٢].

وإنما قلنا إن فرض الأم الثلث لقوله تعالى: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء:١١]، وإنما قلنا إن فرض الواحد من ولد الأم السدس، وإن فرض ما زاد عليه الثلث لقوله تعالى: ﴿وله أخ أو أخت فلكل منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث﴾ [النساء:١٢]، واتفق على أن المراد به الإخوة من الأم[٣].

وإنما قلنا إن فرض الأبوين مع الولد أو ولد الابن السدس لقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كن له ولد﴾ [النساء:١١] وإنما قلنا إن الجد كالأب[٤] للإجماع على قيامه مقام الأب فى ذلك عند عدمه[٥].

وإنما قلنا إن الجدة ترث وأن فرضها السدس، وكذلك الجدات لإجماع الصحابة على توريثهن، وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال: ما أجد لك فى كتاب الله شيئًا حتى روى له المغيرة بن شعبة ومحمد بن مسلمة أن رسول الله ﷺ «أطعم الجدة[٦] السدس»[٧]، ولأن أم الأم أقيمت مقام الأم عند عدم الأم كما أقيم أبو الأب عند عدم الأب مقام الأب[٨] فجعل لها أنقص فرضى الأم وهو السدس.

---

(١) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٩)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٠٧).

(٢) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٩)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٠٧).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧) وذكره ابن قدامة فى المغنى. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٤).

(٤) ثبت فى (ب) كذلك.

(٥) ثبت فى (ب) عدم الأب.

(٦) ثبت فى (ب) أم الأم.

(٧) أخرجه أبو داود فى الفرائض (٣/ ١٢١) ح (٢٨٩٤)، وابن ماجه فى الفرائض (٢/ ٩٠٩) ح (٢٧٢٣)، والترمذى فى الفرائض (٤/ ٤١٩) ح (٢١٠٠)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٣٨) وقال: على شرط الشيخين.

(٨) مقام الأب: سقطت من (ب).

وإنما قلنا إنهن بينهن إذا اجتمعن لحديث أبى بكر رضى الله عنه أنه شرك بينهما[١]، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: ما أنا بزائد فى الفرائض شيئًا هو السدس فإن اجتمعتا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها[٢]، ولأن كل أنثى لها فرض مقدر[٣] لا يتغير ولا يساويها الذكر فيه فإذا اجتمعت مع غيرها من جنسها شوركت فيه كالثمن للزوجات.

وإنما قلنا إن فرض بنات الابن [مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين لأجماع الصحابة عليه، ولأن بنات الابن أقمن مقام بنات][٤] الصلب فيجب أن يأخذن ما كان بقدر نصيب بنت الابن لو كانت للصلب، فلما لم يمكن ذلك لاستحقاق هذه الابنة للنصف أخذت الفاضل وهو السدس.

وإنما قلنا لا يزدن عليه[٥] لأنهن لا يبلغن فى القوة مبلغ البنات الصلب وقد ثبت أن بنات الصلب وإن كثرن فلا يزدن على الثلثين فكذلك فيمن قام مقامهن.

وإنما قلنا إن ولد الأب الإناث يأخذن مع الواحدة من ولد الأب والأم السدس للإجماع على أن ولد الابن يقوم مقام ولد الأب والأم عند عدمهم[٦] كقيام ولد الابن مقام ولد الصلب.

فصل

وإنما قلنا إن الواحد من ولد الأم فرضه السدس ذكرًا كان أو أنثى، وإن فرض الجماعة الثلث لقوله تعالى: **﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث﴾** [النساء: ١٢]، ولا خلاف فيه[٧].

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الفرائض (٢/ ٥١٣) ح (٥).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى الفرائض (٢/ ٥١٤) ح (٦).

(٣) ثبت فى (أ) مقتدر.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (ب) عليهن.

(٦) ثبت فى (أ) عدمهن.

(٧) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٨)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٠٧).

وإنما قلنا في زوج وأبوين، وامرأة وأبوين[1] إن للأم ثلث ما بقي خلافًا لإحدى الروايتين عن علي رضي الله عنه، وهو قول ابن عباس[2] لأنا لو أعطيناها الثلث بكماله كنا قد فضلناها على الأب وذلك غير جائز، أصله حال الانفراد.

وإنما قلنا إن ولد الابن يسقطون بذكور ولد الصلب خاصة للإجماع على ذلك[3]، ولأن ميراثهم لقيامهم مقام ولد الصلب فوجب سقوطهم مع وجودهم، وإنما قلنا إنهم لا يسقطون مع غيرهم لأنهم أقوى تعصيبًا من سائر الورثة عدا ولد الصلب، ولأنهم لما قاموا مقام ولد الصلب[4] وجب أن لا يسقطوا بغيرهم اعتبارًا بهم، وإنما قلنا إن الجد يسقط بالأب لإجماع الأمة[5]، ولأنه يدلي[6] به فلم يرث معه.

وإنما قلنا إن الإخوة والأخوات يسقطون مع ذكور الولد وولد الابن لأن تعصيب البنوة أقوى وأقرب من تعصيب الأخوة سقوطهم[7] به، ولأن ولد الابن أقرب من الإخوة وهم يسقطون [مع ذكور ولد الصلب فكان الإخوة أولى ، وإنما قلنا إنهم يسقطون][8] مع الأب لأن الأب آكد منهم تعصيبًا[9] وأشد منهم قربًا لانضمام الرحم إلى تعصيبهم.

فصل

وقد بينا أن من قوى تعصيبه أسقط من ضعف عنه، وإنما قلنا إن ولد الأم يسقطون بإناث ولد الصلب وولد الابن لأن من حق الإخوة أن يرثوا مع الولد بالتعصيب بدليل

---

(١) هاتان المسألتان يسميان العمريتين لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما أن للأم ثلث ما بقي وتابعه في هذا القضاء عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي وبه قال الحسن والثوري والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٢٠ ,٢١).

(٢) وهو أن للأم ثلث جميع المال. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٢١).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٦)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٠٨)، انظر مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ١٠٤).

(٤) ثبت في (ب) مقامهم.

(٥) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن الجد أبا الأب لا يحجبه عن الميراث غير الأب. انظر الإجماع (ص ٦٩)، انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٦٤).

(٦) ثبت في (أ): يدئ به.

(٧) ثبت في (أ) سقوطهن.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ثبت في (ب) لأن الأب أقرب تعصيبًا منهم.

أن الإناث منهن يصرن مع البنات عصبة بانفرادهن [فى ولد الأم][(١)] وولد الأم لا تعصيب فيهم، وإنما قلنا إنهم يسقطون مع الأب والجد لأن تعصيب الأبوة يسقط تعصيب الأخوة، ولقوله تعالى: ﴿إن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت﴾ [النساء:١٢] فقيل فيه: إن الكلالة أحد عمودى النسب، وإنما قلنا إن بنى الإخوة يسقطون بالإخوة لأنهم يدلون بهم، ولأن الإخوة أقرب من بنى الإخوة كما أن ولد الصلب أقرب من ولد الابن.

وإنما قلنا إن الإخوة يسقطون بالجد لأن الجد أقوى تعصيبًا منهم لأنه يدلى بالأبوة وبنو الإخوة[(٢)] يدلون بالأخوة لأن الجد يدلى بالأبوة [وابن الأخ يدلى بالأخ فكان الجد أولى، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون ببنى الإخوة لأن بنى الإخوة أقرب لأنهم يدلون بالبنوة، والعم يدلى بالأبوة لأن ابن الأخ يقول إنى ابن ابنك والعم يقول][(٣)] أنا أخو أبيك فكان ابن الأخ أقرب، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون أولادهم لأنهم بهم يدلون.

وإنما قلنا إن الجدات يسقطن بالأم لأن توريثهن إنما كان لأنهن أقمن مقام الأم وجعل لهن أقل نصيبًا فوجب سقوطهن معها، وإنما قلنا إن أم الأم لا تسقط بالأب لأنها أقيمت مقام الأم فلما لم تسقط الأم بالأب كذلك من أقيم مقامها، ولايلزمه عليه أم الأب لم تقم مقام الأب وإنما أقيم جملة الجدات مقام الأم.

وإنما قلنا إن أم الأب تسقط مع الأب خلافًا لابن مسعود وغيره[(٤)]، واعتبارًا بأبى الأب بعلة أنه يدلى بتعصيبه فإذا وجد أسقطه وإنما قلنا إن القربى منهن تسقط البعدى من جنسها اعتبارًا بالأم والجدة، ولأن البعدى تدلى بالقربى، وإنما قلنا إن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب لأن الأم تسقط أم الأب[(٥)] كذلك أم الأم تسقط أم الأب، وإنما قلنا إن البعدى من جهة الأم لا تسقط بالقربى من جهة الأب خلافًا لما

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) وبنو الأخ.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) روى ذلك أيضًا عن عمر رضى الله عنه وابن مسعود وأبى موسى وعمران بن الحصين وأبى الطفيل رضى الله عنهم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبرى وإسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة (٧/٥٨، ٥٩).

(٥) ثبت فى (ب) أم الأم.

روى عن ابن مسعود[١] وهو أحد قولى الشافعى[٢]، لأن أم الأب تدلى بالأب والأب إذا اجتمع مع أم أم الأب لم يحجبها فبأن لا يحجبها من يدلى بالأم[٣] أولى، وإنما قلنا إن أم أبى الأب لا ترث شيئًا خلافًا لما روى عن زيد بن ثابت وغيره[٤] لأنها أم جد فأشبهت أم أبى الأم[٥]، ولأن جهة[٦] الأم فى باب الجدات أقوى من جهة الأب فإذا لم يرث من جنبتها إلا جدتان فجهة الأب بذلك أولى.

وإنما قلنا إن بنات الصلب إذا استكملن الثلثين سقط بنات الابن لأن حقهن كان فى تكميل الثلثين لقيامهن مقام بنت أخرى من بنات الصلب إذا كان بنات الصلب أكثر من واحدة سقطن معهن، وإنما قلنا إنه إذا كان معهن ذكر فى درجتهن عصبهن خلافًا لابن مسعود فى قوله لا شىء لهن وأن الباقى للذكر وحده[٧]، لأنه مال ورثه بنو الابن بالتعصيب فوجب أن يشاركهم بنات الابن فيه، أصله جهة المال[٨] وهو مال الانفراد، وإنما قلنا إنه إذا كان أنزل منهن ذكر عصب من فوقه لأن أصول الفرائض مبنية على أنه لا يجوز أن يرث الأبعد من الولد ويسقط الأقرب، ولأنا وجدنا البطن الأوسط أقرب من البطن الأسفل ألا ترى أنه إذا اجتمع ثلاث بنات بعضهن[٩] أسفل من بعض كان للبنت العليا النصف وللوسطى السدس وتسقط السفلى، وإذا ثبت ذلك ثم اتفقنا على أنه لو كان مع السفلى ذكر فى درجتها عصبها كان بأن يعصب الوسطى أولى.

وإنما قلنا إنه إذا استكمل ولد الأب والأم الثلثين سقط الأخوات للأب للعلة التى ذكرناها فى سقوط بنات الابن إذا استكمل بنات الصلب الثلثين، وكذلك تعصيب

---

(١) روى عن على عليه السلام: أن البعدى من جهة الأم تحجب القربى من جهة الأب وهو إحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول للشافعى وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٥٦, ٥٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٢١).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢/ ٢٦)، انظر مغنى المحتاج (٣/ ١٣).

(٣) ثبت فى (ب) الأب.

(٤) وروى ذلك عن على وابن مسعود وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعى وإسحاق. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٥٤).

(٥) ثبت فى (ب) أم جد.

(٦) ثبت فى (ب) جنبة.

(٧) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٤٩ - ١٠).

(٨) ثبت فى (ا) جملة المال.

(٩) ثبت فى (ب) ثلاث بنات ابن بعضهن.

إخـوتهن لهن، وإنما قلنا إن الذكـر الأنزل منهن لا يعـصب عمـاته بخـلاف ولد الابن لمعنيين: أحدهما أن ابن الابن[١] لما عصب من فى درجـته جاز أن يعصب من فـوقه، وليس كذلك ابن الأخ[٢] لأنه لا يعصب من فى درجته فلم يعـصب من فوقه، والآخر أن الذى يعصب غيـره من حقه أن يشاركـه فى الجهة[٣] التى يعصبهـا بها كابن الابن[٤] يشـرك من فوقـه فى البنوة فعـصبـهن ، وابن الأخ لا يشارك الأخت فى الأخـوة فلم يعصبها.

وإنما قلنا إن ولد الصلب يقـتسـمون المال لـلذكر مـثل حظ الأنثيـين لقوله تعـالى: ﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مـثل حظ الأنثيين﴾ [النساء:١١] وقد بينا أن ولد الابن يقومون مـقام ولد الصلب فكان حكمهم عند عدمـهم كحكم ولد الصلب وإنما قلنا إن الإخوة للأب والأم أو للأب يقـسمون المال إذا تفردوا للـذكر مثل حظ الأنثيـين [لقوله تعالى: ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾][٥] [النساء:١٧٦].

وإنما قلنا إنه ليس فى النساء عصبة لأنهن يرثن بفرض مقدر والعصبة لا ترث بفرض لأن ذلك ميراث الرحم، وإنما قلنا إن الأخوات يكن عـصبة مع البنات خلافًا لمن قال لا يرثن أصلاً مع البنات[٦]، لقوله تعالى: ﴿وللنساء نصـيب مما ترك الوالدان والأقربون﴾ [النساء:٧] فعم، وحديث أبى موسى وسلمان بن ربيعـة لما سألهما السائل عن بنت وبنت ابن وأخت فقط فقالا: للبنت النصف وما بقى للأخت، وائت ابن مسعود فسأله. فأتاه فأخبره فـقال: سأقضى فيها بقضـاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقى للأخت[٧]، ولأن الأخت مع ابن العم إذا اجتمـعا لم يجز أن يحصل[٨] الإرث

(١) ثبت فى (ب) أن ابن ابن الابن.
(٢) ثبت فى (ب) ابن الأم.
(٣) ثبت فى (أ) الجملة.
(٤) ثبت فى (ب) كابن ابن الابن.
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب)، (هـ).
(٦) وهو قول ابن عباس ومن تابعه. انظر المغنى لموفق الديـن (٦/٧)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣٧٣).
(٧) أخرجـه البخـارى فى الفرائض (١٢/١٨) ح (٦٧٣٦)، والتـرمذى فى الفـرائض (٤/٤١٥) ح (٢٠٩٣)، وابن مـاجه فى الفـرائض (٢/٩٠٩) ح (٢٧٢١)، وأحمـد فى المسند (١/٥٠٦) ح (٣٦٩٠).
(٨) ثبت فى (ب) يخلص.

لابن العم وتسقط الأخت، أصله إذا انفرد[1].

وإما حجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن فللنص الوارد به، وللإجماع إلا من شذ ولا يعتد به فى قوله: إن ولد الابن لا يحجبون[2]، وإنما قلنا إن الأم يحجبها عن الثلث إلى السدس الولد لقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء:١١]، ولا خلاف فيه[3]، وإنما قلنا إن الإخوة يحجبونها إلى السدس لقوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ [النساء:١١]، وإنما قلنا إن الحجب يحصل بالأخوين خلافًا لابن عباس فى قوله: إن الحجب لا يكون إلا بثلاثة[4] لأنه فرض يتغير بعدد من الإخوة والأخوات فوجب أن يتغير بالاثنين، أصله شركة ولد الأم فى الثلث، والتعلق بالظاهر على قول مالك رحمه الله بعيد لأن أصوله تدل على أن أقل الجمع ثلاثة، وإنما يتم على قول من يقول من أصحابنا إن أقل الجمع اثنان، وهو قول عبد الملك بن الماجشون وغيره من أصحابنا.

وإنما قلنا إن الولد يحجب[5] الأب إلى السدس للنص، وقلنا إن ذكور الولد يأخذون باقى المال لقوله ﷺ «ما أبقت الورثة فلأولى عصبة ذكر»[6]، وقلنا إنه إذا لم يكن غيره أخذ الباقى بالتعصيب لأنه ليس ثم من هو أولى منه فكان له بالخبر الذى رويناه وإنما قلنا لا يحجب عبد ولا كافر خلافًا لابن مسعود فى حجبه لهم وما حكى عنه[7] أنهم يحجبون عن بعض المال دون جميعه[8] لأن كل من لا مدخل له [فى الإرث بحال فلا مدخل له][9] فى الحجب، أصله ذوو الأرحام، ولا يدخل عليه الإخوة للأم مع الأبوين لأن لهم مدخل[10] فى الإرث، ولأنه أحد نوعى الحجب كالإسقاط.

---

(١) ثبت فى (ب) انفردوا.

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٨).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٧٠)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦).

(٤) ذكره ابن قدامة فى المغنى. وقال: وحكى ذلك عن معاذ. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦).

(٥) ثبت فى (ب) يحجبون.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ثبت فى (أ) عنهم.

(٨) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٩٢).

(٩) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(١٠) ثبت فى (ب) مدخلاً.

باب

قد بينا ترتيب المواريث على السهام، ورأينا إعادته مرتبًا على النسب ليجتمع لمن يريد معرفة كل فصل منه[١] والله الموفق للصواب، وقد بينا أن الميراث لا يخلو أن يكون بنوة أو أبوة أو أخوة أو بنو إخوة أو عمومة [أو بنو عمومة][٢] ونحن نبين كل نوع منه.

فصل

وأما ولد الصلب فإن الذكر منهم يحوز المال إذا انفرد به والذكور يقتسمونه بالسوية، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه واقتسموا الباقي على ما ذكرناه من حوز المنفرد له وتساوى الجماعة فيه، والبنت الواحدة إذا لم يكن أحد من ذكور ولد الصلب تأخذ النصف والاثنتان فما فوقهما الثلثان، [فإن كان مع الواحد أو الجماعة من البنين][٣] زالت فرائضهن واقتسموا [المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان معهم ذو فرض بدىء به واقتسموا هم][٤] الباقي على ما ذكرناه، وقد دللنا على هذه الجملة، ولا يسقط ولد الصلب بوجه.

فصل

وأما ولد الابن فسبيلهم إذا لم يكن أحد من ولد الصلب فى الميراث سبيل ولد الصلب يرثون كما يرثون ويحجبون من يحجبون إلا أنهم[٥] يسقطون مع ذكور ولد الصلب، وتأخذ ابنة الصلب معهم النصف والابنتان فصاعدًا الثلثان يكون الباقى لولد الابن إن كانوا ذكورًا وإناثًا فى درجته وإن كن إناثًا فقط أخذت الابنة النصف، وإناث ولد الابن الواحدة أو الجماعة السدس تكملة الثلثين، وكان ما بقى لذكر إن كان أنزل منهن أو لغيره من العصبة، وإن كن إناث ولد الصلب أكثر من واحدة أخذن الثلثين، ثم ينظر فإن كان ولد [الابن[٦] ذكورًا أو ذكورًا وإناثًا فى درجة أخذوا الباقى للذكر مثل

(١) ثبت فى (ب) كل فضل منه. وفى (أ) كل فعل منه.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٥) ثبت فى (أ) لأنهم.
(٦) بداية سقط سيتم التنبيه على نهايته قريبًا.

حظ الأنثيين، ولا يعتبر الأضر بهن من السدس أو المقاسمة، وإن كن إناثًا فقط فلا شيء لهن والباقي للعصبة، وإن كان معهن ذكر أنزل منهن عصب من فوقهن منهن وأخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كن بنات ابن بعضهن أسفل من بعض أخذت العليا النصف والوسطى السدس تكملة الثلثين وسقطت السفلى إلا أن يكون معها أو أنزل منها ذكر فيعصبها أو يعصب من معه في درجته معها، وإن كان مع الوسطى ذكر أخذ المال الباقي مقاسمة وسقط من بعده، وإن كان العليا اثنتان أخذتا الثلثين وسقطت الوسطى ومن بعدها إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو أنزل.

وكل هذا قد دللنا عليه في الباب الأول فلا حاجة بنا إلى إعادتها إلا في موضع واحد وهو أخذ ولد الابن مع بنت الصلب ما بقي فإنا نقول: يأخذونه مقاسمة ويسقط السدس وهو قول علي وزيد رضي الله عنهما، وقال ابن مسعود يعتبر ما هو أضر بهن من السدس أو المقاسمة فيكون لهن[1].

وإنما قلنا ذلك لأن حق[2] كل ذكور عصبوا إناثهم في موضع عصبوهن في كل موضع، أصله البنون والبنات والإخوة والأخوات، ولأنه لما لم يعتبر هذا الأضرار في الانفراد فكذلك فيما يأخذونه باقيًا عن ابنة الصلب ولأن الإضرار بهن ولا وجه لاعتباره بل لا فصل بين القائل به وبين معتبر الأضرار بالذكور.

فصل

وأما الأب فلا يسقط بوجه، وله ثلاثة أحوال: حال يأخذ فيها بالتعصب المحض، وحال يأخذ فيها بالفرض المحض، وحال يأخذ فيها بالفرض والتعصيب، ونحن نبين ذلك: أما إذا انفرد بالمال فإنه يحوزه فإن كان معه ذو فرض سوى إناث الولد أو ولد الابن فإنه يأخذ فرضه ويكون الباقي للأب وإن كان منه ولد أو ولد ابن ذكرًا أو أنثى أخذ السدس بالفرض ثم كان الباقي للذكور والإناث، وإن لم تكن إلا إناث فقط أخذن فروضهن وأخذ هو السدس بالفرض وإن بقي شيء أخذه بالتعصيب.

وأما الأم ففرضها الثلث سواء انفردت بالمال أو كان معها غيرها لا تحجب عنه إلا في ثلاثة مواضع، أحدها: أن يكون معها ولد أو ولد ابن ذكرًا كان أو أنثى، والثاني: أن

(١) ذكره ابن قدامة وقال: وهو قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ١٢)، انظر الشرح الكبير لابن أبي عمر (٤/ ٣٠).

(٢) حق: سقطت من (هـ).

يكون معها اثنان من الإخوة والأخوات يرثون أو يسقطون، والثالث: أن يكون معها أبًا[١] وزوج أو زوجة فإنها تأخذ منها ثلث ما بقى مع الأب وقد دللنا على هذا أيضًا فيما تقدم.

فصل

وأما الجد فلا يسقط إلا مع الأب، وإذا انفرد بالمال أحرزه، فإن كان معه ذو فرض بدىء به وأخذ الباقى عنه، وإن كان معه ذكر من ولد الصلب أو ولد الابن أخذ السدس وأخذ الابن ما بقى، وإن كان ولد الصلب إناثًا أخذ السدس وإن فضل من المال شىء أخذه بالتعصيب[٢].

وإن كان معه إخوة نظر: فإن لم يكن غيرهم لم يخل أن يكونوا ذكورًا فقط أو ذكورًا وإناثًا، فإن كان معه ذكور فقط من جنس واحد مثل أن يكونوا إخوة للأب والأم أو للأب فإن الجد يكون كواحد منهم يقاسمهم ما كانت المقاسمة لا تنقصه من الثلث مثل: أن يكون معه أخ أو أخوان نقصت المقاسمة عن الثلث فرض له الثلث وكان الباقى للإخوة.

وإن كان معه أخوات فقط فإنه يكون معهن كأخ يقاسمهن المال للذكر مثل حظ الأنثيين ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث، فإن نقصت فرض له الثلث ولا ينقص منه، فإن كان][٣] معه ذكور وإناث كان كأخ معهم فيقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث فيفرض له الثلث على ما بيناه فإن كان معه ذو سهم كالأم والزوجة والبنت وبنت الابن فينظر للجد حال من ثلاثة: فيعطى أنفعها له من المقاسمة أو السدس من رأس المال أو ثلث[٤] الباقى بعد أخذ ذوى الفرض فرضهم، فإن كان معهم إخوة لأب فإنهم يعادون الجد بهم فى المقاسمة ثم يرجح ولد الأب والأم على ولد الأب فيأخذون ما معهم، فإن فضل شىء كان لهم وإن لم يفضل شىء فلا شىء لهم، مثاله: أن يكون جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ليقسم المال بينهم أثلاثًا يرجع الأخ للأب والأم على الأخ للأب فيأخذ ما بيده فلا يبقى له شىء، فإن كان جد وأخت للأب والأم وأخت للأب فإن المال بينهم

(١) ثبت فى (أ) ابن.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٥٩).

(٣) نهاية سقط من (ب) كان قد نبهنا عن بدايته من قليل.

(٤) ثبت فى (أ) مما أو ثلث.

على أربعة أسـهم: للجد سهمـان ولكل أخت سهم ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخت للأب فتأخذ ما بيدها وتبقى بغير شيء وإن كان جد وأخت لأب وأم وأخ للأب فالمال بينهم على خمـسة أسهم: للجد سهمان وللأخت سـهم وللأخ سهمان ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخ للأب فتأخذ ما بيده تمام النصف فتكسر الفريضة فتضرب في مخرج النصف وهو اثنان فيكون عشرة: للجد أربعة، وللأخت خمسة وللأخ سهم، وهو قدر مسألة الأكدرية[1] وحدها[2] وتسمى الغراء[3] وهي: زوج وأم وأخت لأب وأم أو لأب وجد[4]، فإنه يفرض للأخت النصف وللجد السدس وتعال المسألة إلى تسعة ثم يجمع نصيب الأخت إلى نصيب الجـد فيقسم للذكر مثل حظ الأنثيين فـينكسر فتضرب التسعة في ثلاثة فتكون سبعـة وعشرون، ولا يسقط الأخ مع الجد إلا في موضع واحد وهو زوج وأم[5] وأخ وجد فإن الجد له السدس ويسقط الأخ.

فصل

وأما ميراث الجـد وإسقاط الأب له[6] وكونه عصـبة فمعلوم كل ذلـك بالإجماع[7] وأغنى عن زيادة عليه، وإنما قلنا إنه إذا كان معه ذو فـرض أخذ الباقي بعد الفرض لأن ذلك سبيـل العصبات إنهم يأخـذون الفاضل عن ذوى السهام، وإنما قلنا في مـيراثه مع الولد ما قلناه اعتباراً بالأب لأنه ذكر له ولادة، أو لأنه يقوم مقامه.

---

(١) قال ابن عرفـة: سميت بالأكدرية؛ لأن عـبد الملك بن مروان طرحها علـى رجل يقال له: أكدر كان يحسن الفرائض فأخطأ فيها. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٦٤).
وقال ابن قـدامة: سمـيت بذلك لتكديرها لأصول زيد في الجـد فإنه أعالهـا ولا عول عنده في مسائل الجـد وفرض للأخت معه ولا يفرض للأخت مع الجـد وجمع سهامه وسـهامها فقسـمها بينهما ولا نظير لذلك. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٧٦).

(٢) ثبت في (أ) وحده.

(٣) قال ابن عرفـه: سميت الغراء لشهرتهـا في الفرائض كغرة الفرس. انظر حاشـية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٦٤).

(٤) وجد: سقطت من (ب).

(٥) وأم سقطت من (ب).

(٦) ثبت في (ب) وإسقاط الأب وحده.

(٧) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٩)، انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٦٤).

فصل

وإنما قلنا إن الإخوة يرثـون مع الجد، خلافًا لأبى حنيـفة[١] لأن الأخ الذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن، ولأن الأخت أنثى فرضها النصف إذا انفردت فلم يسقطها الجد كالبنت، ولأن تعصيب الأخ أقوى من تعصـيب الجد لأنه تعصيب بنوة و [تعصيب الجد تعصيب أبوة، ولأنه يعصب أختـه بخلاف الجد فامتنع مع قوة][٢] تعصيبه عليه أن يسقط به.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم الذكور منهم مـا لم تنقصه المقاسمة عن الثـلث خلافًا لمن قال ما لم ينقصه عن السدس[٣] وقول من قـال عن نصف السدس[٤]، لأن كل حجب انحصر بعدد استوى[٥] فـيه الاثنان والثـلاثة، أصله حـجب الأم عن الثلث أو السـدس، ولأن الجدة قائمـة مقام الأم كقـيام الجد مقام الأب ثم قـد ثبت أن الجدة لا تنقص عن نصف نصيب الأم إذا انـفردت وهو الثلث، فكذلك يجب أن يكون الجـد لا ينقص عن نصف الأب إذا انفرد وهو الثلثان.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم الأخوات إذا انفردن معه عن إخوة خلافًا للقول بأنه لا يقاسمهن إلا إذا كان معهن إخوة[٦]، لأن كل شخص قـاسم ذكرًا من أهل المواريث[٧] فى الأخذ

(١) ذكره الشيخ الموصلى، انظر الاختيار (٤/ ١٧٩).
وقال صاحب الفتاوى الهندية: وهو يحجب جمـيع الإخوة والأخوات عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الفتوى كذا فى الكافى. انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٤٤٨).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) وهو قول عامة أهل العلم إلا أن الشعبى روى عنه أنه قال: إن ابن عباس كتب إلى على فى ستة إخوة وجد فكتب إليه: اجعل الجد سابعهـم وامح كتابى هذا وروى عنه فى سبعة إخوه وجد أن الجد ثامنهم. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧٠).
(٤) روى ذلك عن عمران بن حصين والشعبى. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧٠).
(٥) ثبت فى (ب) استوفى.
(٦) وهو قول على وبه قال الشـعبى والنخعى والمغيرة بن المقـسم وابن أبى ليلى والحسن بن صالح. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٦٧).
(٧) ثبت فى (ب) الميراث.

بالتعصيب وجب أن يقاسم الأنثى التى فى درجته، أصله الأخ للأب والأم لأنه لو كان أخوان لأب وأم تقاسما، فإذا كان معهم أخت تقاسموا وكذلك البنون والبنات.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم إذا كان معه ذو سهم بعد أخذ ذى السهم[١] سهمه لأن تعصيبه يوجب المقاسمة كتعصيب الأخ، أصله إذا لم يكن معه ذو سهم.

فصل

وإنما قلنا يأخذ ثلث ما بقى إذا كان أحظ له لأن الأصل فى المواريث أن العصبة[٢] أولى بما يبقى، وحق ذى السهم[٣] كحق الغريم [فإذا أخذ ذو السهم حقه صار الفاضل عن ذلك كالفاضل عن الغريم][٤] فكان كأصل المال الموروث، ألا ترى أن العصبة إذا كانوا ذكوراً وإناثًا يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، فلما كان الجد يقاسم الإخوة فى أصل المال إلى الثلث فكذلك فيما بقى.

فصل

[وإنما قلنا إنه لا ينتقص من السدس الكامل إذا كان أحظ له لأن الابن أقوى من الأخ ثم له السدس معه فمع الأخ أولى][٥].

فصل

وإنما قلنا إنه لا فرق بين أن يكون ذو السهم مع الأخوات إناث الولد أو غيرهم وهو مذهب زيد، خلافًا لمن منع المقاسمة بناء على أصله[٦] فى أن الجد لا يقاسم مع الأخوات وحدهن، لأنه قد ثبت قوة الأخ على الأخت، ثم للجد أن يقاسم الأخ لو كان مع البنت فكان بمقاسمة الأخت أولى لأن كون الأخت عصبة لا يوجب إعطاء الجد

---

(١) ثبت فى (أ) ذوى السهم.

(٢) ثبت فى (أ) التعصيب.

(٣) ثبت فى (ب) ذوى السهم.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ذكره ابن قدامة فى المغنى. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٦٧).

السدس لأن الجد أيضًا عصبة، وكل عصبة قاسم ذكرًا من أهل الميراث فإنه يقاسم كل أنثى فى درجته كالإخوة والأخوات.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا كان مع ولد الأب والأم عادوا الجد بهم، خلافًا لما ذهب إليه على وابن مسعود[1] من منع المعادة[2] بناء على أصلهما فى أن الأخ لأب والأم يحجب الأخ للأب وأن الأخت للأب والأم مع الأخ للأب إذا كان لا يقاسمهما على الانفراد [لا[3] يقاسمهما مع الجد فيصير كأنه ليس إلا الأخت والجد، ودليلنا أن الجد له ولادة فإذا جاز حجبه بأخوين وارثين جاز حجبه بإخوة أحدهما وارث والآخر غير وارث، أصلها الأم يحجبها الإخوة من الأم وإن لم يرثوا مع الأب.

فصل

وإنما قلنا إن ولد الأب والأم يرجعون على ولد الأب لأن حجبهم ليس لأجل ميراثهم ولكن لأجل غيرهم فلم يكن لهم حظ فيما يحجبون فيه كولد الأم إذا حجبوا الأم مع وجود الأب.

فصل

وإنما قلنا له السدس[4] فى مسألة الأكدرية لأنه قد ثبت بما قدمناه أن الجد لا ينقص عن السدس وأن الأخت لا تسقط فلو لم تعل الفريضة لأدى إلى بطلان أحد الأصلين.

فصل

وإنما قلنا فى زوج وأم وجد: إن الأخ يسقط لأنا لو لم نفعل ذلك لأدى إلى أمور ممنوعة: إما إلى أن ينقص الزوج عن النصف وذلك غير جائز، أو الأم عن الثلث[5] وذلك يؤدى إلى حجب الجد أو الأخ لها وذلك غير جائز أيضًا أو أن ينقص الجد عن

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى . انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧١).
(٢) ثبت فى (ب) المعاودة.
(٣) بداية سقط سننبه على نهايته بعد قليل.
(٤) السدس: سقطت من (أ)، (هـ).
(٥) عن الثلث: سقطت من (أ).

السدس وذلك ممتنع أيضًا لأنه مع الابن الذى هو أقوى من الأخ لا ينقص عن السدس فكان الأخ أضعف عن أن يحجبه ولم يكن الأخ ممن له رحم، فتعال المسألة له، والفرض لا يكون للعصبة لأن حظهم فيما بقى فلم يبق إلا سقوطه وصار كأنه عصبة لم يفعل له شىء.

فصل

وأما الجدات فقد ذكرنا أن فرضهن السدس، فإذا انفردت واحدة منهن أخذته، وإن اجتمعتا كان بينهما، وأن الجدة لا ترث مع الأم من أى جهة كانت وإنما من جهة الأم ترث مع الأب][1] ولا ترث معه إن كانت[2] من جهته، وأنه لا يرث إلا جدتان أم الأم وأم الأب وأمهاتهم وأنهما إذا اجتمعتا أسقطت القربى من جهة الأب بالبعدى من جهة الأم[3]، وقد بينا الحجة لكل ذلك بما يغنى[4] عن إعادته.

فصل

فأما ميراث الإخوة والأخوات فإنه على ضربين: بتعصيب وبفرض، بالتعصيب[5] بذكور ولد الأب والأم وولد الأب على كل وجه، ولأنهن[6] مع البنات وبنات الابن فقط، والفرض للإناث ولد الأب والأم وولد الأب وبجملة ولد الأم ذكورهم وإناثهم ففرض الواحد للأب والأم، والأب إذا انفردت النصف، وفرض الاثنين فما زاد الثلثان فإن كان معهن أخ فى درجتهن قاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان مع الأخت للأب والأم إخوة لأب أخذت النصف وأخذ ولد الأب ما بقى، وإن كانت[7] إناث ولد الأب والأم أكثر من واحدة أخذن الثلثين وأخذ ولد الأب ما بقى، وإن كان معها أخت لأب أخذت الأخت أو الأخوات السدس تكملة الثلثين وما بقى أخذه[8] العصبة، فإن

---

(١) نهاية السقط الذى نبهنا عليه من قبل وهو ساقط من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) إن كان.

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٦٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٦٢).

(٤) ثبت فى (أ) يمنع.

(٥) ثبت فى (ب) وفرض بالتعصيب.

(٦) ثبت فى (أ) ولا بأنهن.

(٧) ثبت فى (أ) كان.

(٨) ثبت فى (ب) أخذته.

كان مع الإخوات[١] للأب إخوة قاسموهن الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط اعتبار السدس، وإن كن الأخوات للأب [والأم اثنتين فصاعدًا أخذن الثلثين وسقط الأخوات للأب إلا أن يكون][٢] معهن ذكر[٣] فى درجتهن يعصبهن إذا كانوا فى درجتهن لا أنزل منهن بخلاف ولد الابن.

وأما الإخوة للأم ففرض الواحد السدس ذكرًا كان أو أنثى، وفرض الاثنتين فصاعدًا الثلثان لا يرادون عليه ويحجب جنس الإخوة جملة ذكور الولد وولد الابن ويزيد عليهم ولد الأم بأنهم يسقطون مع إناث الولد وولد الابن مع الجد، ويسقط جملة ولد الأب بذكور ولد الأب والأم[٤]، وقد بينا كل هذا مقرونًا بحجاجه، فإن استغرق المال الأنصباء سقط العصبة منهن وأعيل لغير[٥] العصبة مثل: زوج أم وأخوين لأم وأخ لأب فإن الأخ يسقط لأنه لم يبق[٦] له شىء، فإن كان أخًا أو إخوة[٧] لأب وأم فاختلف الصحابة فيهم فمنهم من بناه على الأصل [فى أنه عصبة لم يبق له شىء فيسقط][٨] ومنهم من شرك بين ولد الأب والأم وبين ولد الأم وهو مذهب أصحابنا.

وإنما قلنا ذلك لأن الذى استحق ولد الأم به الإرث[٩] هو ولادة الأم وهذا يشركهم فيه ولد الأم، ولأن زيادتهم بالأب لا يسقط رحمهم بالأم، فإن أمكن زيادتهم فى الميراث به وإلا فلا أقل من أن يكون وجوده كعدمه وهو تأويل قول عمر رضى الله عنه لم يزدهم الأب إلا قربى، وقولهم: هب أبانا كان حمارًا أليس أمنا واحدة[١٠].

---

(١) ثبت فى (أ) الأخت.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) ثبت فى (ب) ذكور.
(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٥٧).
(٥) ثبت فى (ب) الغير.
(٦) ثبت فى (ب) لم يكن.
(٧) ثبت فى (ب) أخًا وأخوه.
(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٩) ثبت فى (ب) الثلث.
(١٠) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (١٠/٢٥١).

فصل

وأما بنو الإخوة يرثون بالتعصب المحض، ويحجبهم ذكور الولد وولد الابن والأب والجد والإخوة[١] ولا يحجبون ذا فرض بوجه[٢].

فصل

وأما العمومة فيحجبهم بنو الإخوة وكل من حجب بنى الإخوة، ويترتبون فى إخوة الأب كما يرتب الإخوة وكذلك بنوهم، وقد ذكرنا فرض الزوج والزوجة، وقد بينا القول فى الولاء والإرث فى باب العتق.

(١) ثبت فى (ب) والجد فى إخوة الأب.

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٦٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٦٧).

باب

قد بينا الفروض وعددها، فإذا اجتمعت لم تخل[١] من ثلاثة أحوال أما أن تكون مقدرة بسهام التركة مثل: زوج وأخت فهذا قائم بنفسه، أو أن يقصر عن استيعاب التركة فيكون الباقى للعصبة، أو أن تزيد على التركة مثل نصف وثلثين وما أشبه ذلك فهذا تعال[٢] المسألة إلى ما انتهت إليه الفروض، ويدخل على كل واحد من الورثة من النقص بحساب ما يوجبه[٣] العول، وهذا مذهب أكثر الصحابة رضى الله عنهم، وذكر عن ابن عباس منعه، وإدخال النقص على كل ذى فرض ينقل منه إلى تعصيب مثل الأخوات والبنات[٤] .

ودليلنا أن الله تعالى قال فى الأزواج: **﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾** [النساء:١٢] وقال فى البنات: **﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾** [النساء:١١]، وقال تعالى: **﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك﴾** [النساء:١٧٦]، فلما كان الزوج لا يمت فى الظاهر إلا بمثل ما تمت به الابنة والأخت وجب أن يتساويا فى النقص وأن لا يرجع عليها بشىء يقتضى إكمال فرضه وانفرادها بالنقص، ولأنهم من أهل الفرائض فدخلهم النقص بالعول كالبنات والأخوات، ولأن ضيق المال عما يستحق فيه يقتضى نقص أهل الاستحقاق بقدر حقوقهم، أصله الغرماء.

فصل

أصول المسائل التى تنقسم سهامها على الفرائض سبعة وهى مقدره بها: الاثنان والثلاثة والأربعة والستة والثمانية والاثنى عشر والأربعة والعشرون، فالاثنان للنصف

---

(١) ثبت فى (ب) لم يخل.

(٢) العول فى اللغة: من عال يعيل افتقر. ويقال: عالت الفريضة أى: ارتفعت وعالت هى نفسها أى: دخل النقص عل أهلها. انظر القاموس المحيط (٤/ ٢٣)، انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣٠٣).

وفى الاصطلاح قال الشيخ أحمد الدردير: هو زيادة فى السهام ونقص فى الأنصباء انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٧١).

(٣) ثبت فى (ب) ما يرجيه.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٤١٤) ح (١٢٤٥٧).

وحده، والثلاثة للثلث والثلثان إذا انفردا أو اجتمعا، والأربعة للربع وله وللنصف إذا اجتمعا، والستة للسدس المنفرد وللنصف معه ومع الثلث والسدس والثلثين، والثمانية للثمن وله وللنصف معه، والاثنى عشر لاجتماع ثلث وربع أو سدس وربع ما ينضاف إليهما، والأربعة والعشرون لاجتماع الأثلاث والأثمان، فإذا ثبت هذا فأربعة من هذه الأصول لا تعول وهى الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية وثلاثة تعول وهى الستة والاثنى عشر والأربعة والعشرون، فعول الستة إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة، وعول الاثنى عشر إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر، وعول الأربعة والعشرون إلى سبعة وعشرين[1]، ولا يحتمل المختصر بسط هذا الباب.

فصل

إذا ترك ابنى عم أحدهما أخ لأم كان للأخ للأم[2] السدس وما بقى بينه وبين ابن العم الذى ليس بأخ، وإنما قلنا إن له السدس لأنه أخ لأم فأشبه الذى ليس ابن عم[3]، وإنما قلنا إن ما بقى بينهما خلافًا لمن قال إن جميع المال للأخ[4] لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به فرض لا يستحق[5] به حجب من يساويه فى الدرجة اعتباراً به لو كان أحدهما زوجًا، وذلك أن الأخ[6] يستحق كالزوجة فإنه يستحق بها فرض ثم ثبت أن ابن العم [لو كان زوجًا لاستحق بالزوجية النصف والباقى بينه وبين ابن العم الذى ليس بزوج][7].

وكذلك إذا كان أخًا لأم، وإن كان أحدهما زوجًا والآخر أخًا لأم أخذ الزوج النصف والأخ[8] السدس وكان الباقى بينهما، وأهل الفرائض يلغون الأولى وهى إذا كان

---

(١) ذكره الشيخ أحمد الدردير فى الشرح الكبير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٧١، ٤٧٢).

(٢) للأم: سقطت من (ب).

(٣) ذكره الشيخ الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٦٨).

(٤) وهذا هو قول ابن مسعود وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعى وأبو ثور. انظر المغنى لموفق الدين (٧/٢٧).

(٥) ثبت فى (أ) لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به حجب.

(٦) ثبت فى (ب، هـ) أن الإخوة.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) ثبت فى (ب) الآخر.

أحدهما [زوجًا فـيقولون أخوان لأب ولأم ورثا مالاً أصـاب أحدهما][1] ثلاثة أرباعه، والآخر ربعه، ويلغون الثانية إذا كان أحدهما زوجًا والآخر أخًا لأم فيقولون أخوان لأب ورثا مالاً فورث أحدهما ثلثه والآخر ثلثيه.

[تم كتاب الفرائض بحمد الله وعونه] [2]

* * *

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ، ب).

٤٠
كتاب الجامع [(١)]

لما كان مدار هذا الباب على بيان آداب الشريعة ومندوباتها ومسنوناتها وتفصيل المستحب والفاضل والمرغب فيه والمرخص فيه والمكروه وما يتعلق بذلك من أحكام المكلفين وجب بيان معانى هذه الأوصاف قبل ذكر الأفعال التى هى محالها ليفهم الدارس معانيها ويقف على الغرض منها، وإلا فمتى وصف الفعل أنه واجب أو ندب وهو ما يعرف معنى الوجوب والندب كان كالحاطب[(٢)] بين ظلام وعشاء فلذلك وجب[(٣)] البدأ بهذا الباب وأحكامه، وقد كان من حق التصنيف أن يكون الابتداء أولى به من الخاتمة ولكن تجدد هذا الرأى بعد خروج نسخ منه كرهنا إفسادها بالاختلاف والله الموفق للصواب[(٤)].

---

(١) وسماه الشيخ أبى الحسن فى شرحه للرسالة والشيخ على الصعيدى فى حاشيته بابُ جُمَلٍ وقال الشيخ أبى الحسن: أى فى بيان جمل من الفرائض وجمل من السنن الواجبة وجمل من الرغائب وهو من محاسن التأليف لأنه يقع فيه مسائل لا يناسب وضعها فى ربع من أرباع الفقه فجمعها المالكية فى أواخر كتبهم وسموها بالجامع. انظر حاشية العدوى على شرح الرساله لأبى الحسن (٢/ ٣٦٥).

وقال الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى فى تعليقه على الكتاب الجامع فى الموطأ: قال ابن عربى فى القبس: هذا كتاب اخترعه مالك فى التصنيف لفائدتين: إحداهما: أنه خارج عن رسم التكليف المتعلق بالأحكام التى صنفها أبوابًا ورتبها أنواعًا.

والثانية: أنه لما لحظ الشريعة وأنواعها ورآها منقسمة إلى أمر ونهى وإلى عبادة ومعاملة وإلى جنايات وعادات نظمها أسلاكًا وربط كل نوع بجنسه وشذت عنه من الشريعة معان منفردة لم يتفق نظمها فى سلك واحد لأنها متغايرة المعانى ولا أمكن أن يجعل لكل واحد منها بابا لصغرها ولا هو أراد أن يطيل القول فيما يمكن إطالة القول فيها فجعلها أشتاتًا وسمى نظامها «كتاب الجامع» فطرق للمؤلفين ما لم يكونوا قبل به عالمين فى هذه الأبواب كلها. انظر تعليقات الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى على الموطأ (٢/ ٨٨٤).

(٢) ثبت فى (ب) كالحائط وفى (هـ) كالخابط.

(٣) ثبت فى (ب) وجه.

(٤) ثبت فى (أ) والله ولى التوفيق.

فصل

اعلم أن أفعال المكلفين لا تخرج على اختلاف أوصافها وتباين أحكامها على خمسة أحكام وهو: الوجوب والندب والحظر والكراهة والإباحة ولكل واحد من هذه الألفاظ معنى على طريق اللغة ومعنى على طريق الأصوليين ونحن نبين جميع ذلك.

فأما معنى الوجوب فهو تحريم الترك[1] فكل واجب فتركه حرام، وقيل ما فى فعله ثواب وفى تركه عقاب[2]، والأول أخص وله عبارات يقال: واجب ومفروض ومكتوب ولازم ومستحق.

هذا على طريق الأصوليين وبجميعه قد ورد بها شرع قال تعالى: ﴿كتب عليكم الصيام﴾ [البقرة:١٨٣] يعنى وجب، وقال تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها﴾ [المائدة:٤٥] وقال: ﴿أنلزمكموها وأنتم لها كارهون﴾ [هود:٢٨] يريد أن نوجبها عليكم، وقال: ﴿حقًا علينا نصر المؤمنين﴾ يريد مستحقًا، وقال تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ [آل عمران:٩٧] وغيرها من ألفاظ الوجوب.

وفى الحديث «فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان»[3]، وحديث الخثعمية لما قالت إن فريضة الله تعالى على عباده فى الحج أدركت أبى شيخًا كبيرًا[4]، وقال تعالى: ﴿حتمًا مقضيًا﴾ [مريم:٧١]، ويبين ذلك أن أهل اللغة لا يفرقون بين قول السيد لعبده: فرضت عليك وأوجبت عليك وحتمت وكتبت وألزمت وأنا أستحق عليه ويرونه كله عباره عن الوجوب وتحريم الترك.

فأما أصل الوجوب فى اللغة فهو السقوط يقال: أوجب الحائط إذا سقط ووجبت الشمس[5]، قال الله تعالى: ﴿فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها﴾ [الحج:٣٦] فشبهوا

---

(١) أصول . فالخطاب إن اقتضى الوجود ومنع النقيض فوجود. انظر نهاية السول للأسنوى (٧١/١).

(٢) أى: تركه قاصدًا مطلقًا. انظر نهاية السول (٧٣/١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخارى فى الحج (٤٤٢/٣) ح (١٥١٣) وأبو داود فى المناسك (١٦٧/٢) ح (١٨٠٩)، والترمذى فى الحج (٢٢٣/٣)ح (٨٨٥)، والنسائى فى الحج (٨٨/٥) باب (الحج عن الحى الذى لا يستمسك على الرحل)، وابن ماجه فى المناسك (٩٧٠/٢) ح (٢٩٠٧).

(٥) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١٣٦/١).

المفروض بالشيء الذى قد سقط فلا يمكن رفعه كما لا يمكن الخروج عن الواجب إلا بفعله.

وأصل الفرض عندهم التقدير ومنه فرض القاضى، أى: تقديره[١] ومنه قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة:٢٣٧]، وقوله: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ أى: قدر، واللزوم[٢] أخذ الإنسان الشيء وإمساكه إياه[٣].

فصل

والندب ما تتعلق الفضيلة بفعله ولا يتعلق العقاب بتركه[٤] وهو مشارك للواجب فى الوصف الأول ويباين له فى الوصف الثانى، وله اعتبارات يقال: ندب ومستحب ومسنون وتطوع وإرشاد ونفل وفضيلة ومرغب فيه، وأصل الندب فى اللغة: الدعاء إلى الشيء[٥] يقال: ندبته إلى كذا.

والاستحباب: المحبة، والمسنون فى الشرع فى أعلى مراتب المندوب[٦] وهو فى اللغة الطريقة ومنه ﴿سنة الأولين﴾ [الحجر:١٣] أى: طريقتهم، وقوله تعالى: ﴿سنة من قد أرسلنا قبلك﴾ [الإسراء:٧٧] وقوله ﷺ: «عليكم بسنتى وسنة الخلفاء من بعدى»[٧]، والتطوع مأخوذ من الطوع وهو الانقياد[٨] يقال: أطاع بكرًا أى انقاد إليه، واستجاب له، والإرشاد الهداية إلى المطلوب وإلى ما فيه الصلاح والنفل والهبة[٩] والفضيلة مأخوذة من الفضل وهو فى الفعل استحقاق الثواب عليه والرغبة والإرغاب إلى الفعل ليناله الفاعل.

---

(١) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٢/ ٣٣٩).

(٢) ثبت فى (ب) الزم.

(٣) قال الفيروزآبادى: يقال: لزِمَهُ لُزومًا ولِزامًا والزمه إياه فالتزمه وهو لُزَمته اى: إذا لزم شيئًا لا يفارقه. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ١٧٥).

(٤) فالخطاب إن اقتضى الوجوب ولم يمنع من النقيض فندب، فالندب: خطاب الله تعالى الطالب للفعل بطلب غير جازم. انظر نهاية السول للأسنوى (١/ ٧١).

(٥) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١/ ١٣١).

(٦) ثبت فى (ب) المندوبات.

(٧) أخرجه أبو داود فى السنة (٤/ ٢٠٠) ح (٤٦٠٧)، والترمذى فى العلم (٥/ ٤٤) ح (٢٦٧٦)، وابن ماجه فى المقدمة (١/ ١٥) ح (٤٢)، وأحمد فى المسند (٤/ ١٥٦) ح (١٧١٤٧).

(٨) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٣/ ٦٠).

(٩) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١/ ٢٩٤).

فصل

والمحظور هو المحرم الممنوع: وهو ما حرم فعله، وهو نقيض الواجب[١]، والحظر في اللغة: المنع[٢] ومنه الحظيرة[٣].

والمكروه نقيض المندوب إليه،وهو ما تعلق الثواب عليه بتركه ولا عقاب في فعله[٤].

والإباحة التوسعة والإطلاق ومنه باحة الدار أي: وسطها[٥]، والمباح كل فعل وقع من المكلف يستوى فعله وتركه لا ثواب في فعله ولا عقاب في تركه[٦]، فهذه أصول أحكام أفعال المكلفين وما بعد ذلك داخل فيه: فالطاعة امتثال الأمر يقال: أطاع فلانًا إذا امتثل أمره[٧].

والصحة وقوع الفعل على الشروط التي يعتد بها لفاعله معها[٨]، والرخصة التخفيف بعد المنع والاستثناء من جملة ممنوعة[٩]، ومنه رخص السعر إذا كان بعد الغلاء، وهذه جملة وافية في هذا الفصل.

---

(١) فالخطاب إن اقتضى الترك ومنع النقيض فحرمة، فالمحرم هو: خطاب الله تعالى الطالب للترك بطلب جازم. انظر نهاية السول (١/ ٧١).
ويرسم بأنه الذي يذم شرعًا فاعله. انظر نهاية السول (١/ ٧٩).

(٢) ذكره الفيروزآبادي. انظر القاموس المحيط (٢/ ١٠).

(٣) ثبت في (أ) الحظرة.

(٤) ويرسم المكروه بأنه: ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله. انظر نهاية السول للأسنوي (١/ ٧٩).

(٥) ذكره الفيروزآبادي. انظر القاموس المحيط (١/ ٢١٤).

(٦) فالمباح في اللغة عبارة عن الموسع فيه. واصطلاحًا: ما لا يتعلق بفعله وتركه مدح ولا ذم. انظر نهاية السول للأسنوي [١/ ٧٩).

(٧) ذكره الفيروزآبادي. انظر القاموس المحيط (٣/ ٦٠).

(٨) فالصحة: موافقة الفعل ذي الوجهين الشرع في الأصح، أو استتباع الغاية. انظر نهاية السول للأسنوي (١/ ٩٤ ـ ٩٥).

(٩) هذا هو تعريف الرخصة في اللغة. وأما اصطلاحًا: فهو الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر. انظر نهاية السول للأسنوي (١/ ١٢٠).

باب

الابتداء بالسلام سنة ، ورده آكد من ابتدائه ، وينتهى السلام إلى البركة[١] ويسلم الماشى على الجالس، والراكب على الماشى والجالس، ويسلم الواحد من الجماعة يجزى عنهم ورد الواحد كذلك، ولا يبتدأ أهل الذمة بالسلام فإن بدءوا به رد عليهم ولفظ الرد: وعليكم ويجزى سلام المسلم أن يزيد الابتداء على لفظ الرد والرد على لفظ الابتداء إلا أن الانتهاء فى ذلك إلى البركات، ولا بأس بالسلام على المرأة المتجالة، ويكره سلام الرجل على الشابة[٢].

فصل

وإنما قلنا إن الابتداء بالسلام سنة لقوله تعالى: ﴿**فإذا دخلتم بيوتًا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة**﴾ [النور:٦١]، وقوله ﷺ: «أفشوا السلام»[٣] «من حق المسلم على المسلم ثلاثة. . .» فذكر: «ويسلم عليه إذا لقيه»[٤].

فصل

وإنما قلنا إن رده آكد من ابتدائه لقوله تعالى: ﴿**فإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها**﴾ [النساء:٨٦] قيل: إن ذلك فى رد السلام، ولأنه قد تعلق به المسلم كما تعلق فى رد المشمت حق التشميت[٥].

---

(١) ذكره الشيخ أحمد الصاوى. انظر بلغة السالك (٢/ ٤٩٠)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٥).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٧).

(٣) أخرجه مسلم فى الإيمان (١/ ٤٧) ح (٩٣/ ٥٤)، والترمذى فى القيامة (٤/ ٦٦٤) ح (٢٥١٠)، وابن ماجه فى المقدمة (١/ ٢٦) ح (٦٨)، وأحمد فى المسند (٢/ ٥١٨) ح (٩١٠٨).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: «حق المسلم على المسلم خمس»، أخرجه البخارى فى الجنائز (٣/ ١٣٥) ح (١٢٤٠)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٠٤) ح (٤/ ٢١٦٢).

(٥) حق التشميت: سقطت من (أ).

فصل

وإنما قلنا إنه ينتهى إلى قوله: وبركاته، فلأن ذلك ما ورد به الخبر عن النبى ﷺ والسلف ومنع ما زاد عليه وروى أن عمر رضى الله عنه أتى النبى ﷺ فقال: السلام عليك يا رسول الله السلام عليك أيدخل عمر[١]، وروى أن رجلاً سلم على عبد الله بن عباس فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ثم زاد بعد ذلك شيئًا، فقال ابن عباس: إن السلام ينتهى إلى البركة[٢]، وروى أن رجلاً سلم على عبد الله بن عمر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والعاديات والرائحات فقال ابن عمر: عليك ألف وكأنه كره ذلك[٣].

فصل

وإنما قلنا يسلم الماشى على الجالس والراكب على الماشى لما روى عنه ﷺ أنه قال: «يسلم الصغير على الكبير والماشى على القاعد والراكب على الماشى»[٤].

فصل

وإنما قلنا إن تسليم الواحد من الجماعة مجزئ[٥] عنهم لما روى عنه ﷺ أنه قال: «إذا سلم واحد من القوم أجزأ عنهم»[٦].

فصل

وإنما قلنا إن رد الواحد من الجماعة مجزئ عنهم خلافًا لمن فرق بين الابتداء والرد فأجازه فى الابتداء وأوجب فى الرد أن يرد كل واحد منهم، لقوله تعالى: **﴿وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها﴾** [النساء:٨٦] فمفهومه أن يرد بمثل ما ابتدأ من غير

---

(١) أخرجه أحمد فى المسند (١/ ٣٩٤) ح (٢٧٥٩)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: رجاله رجال الصحيح. انظر مجمع الزوائد (٨/ ٤٧).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى السلام (٢/ ٩٥٩) ح (٢).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى السلام (٢/ ٩٦٢) ح (٧).

(٤) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/ ١٧) ح (٦٢٣٢)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٠٣) ح (١/ ٢١٦٠).

(٥) ثبت فى (ب) يجزى.

(٦) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٩٥٩) ح (١).

زيادة وذلك يقتضى أنه إذا سلم واحد رد واحد، وقوله ﷺ: «إذا سلم واحد من القوم أجزأ عنهم»[1] ولم يفرق بين الابتداء والرد ولأنه رد التحية وكتشميت العاطس.

فصل

وإنما قلنا لا يبتدئ أهل الذمة بالسلام لقوله تعالى: ﴿تحية من عند الله مباركة طيبة﴾ [النور:٦١] والكافر ليس بأهل التحية والإكرام بل للإذلال والهوان، وقوله ﷺ: «لا تبدؤهم بالسلام»[2].

فصل

وإنما قلنا يقول فى الرد إذا سلم الذمى: وعليك، لقوله ﷺ : «إن اليهود إذا سلم عليكم[3] أحدهم فإنما يقول: السام عليكم، فقل: وعليك»[4]، وفى رواية أخرى «وعليكم»[5] وقد اختار بعضهم أن يرد عليه السلام بكسر السين وهى الحجارة والأول أولى.

فصل

وإنما أجزنا تزايد اللفظين لأن كل واحد[6] مروى عن السلف، ولأن المعنى واحد فيهما.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم فى السلام (٤/١٧٠٧) ح (١٣/٢١٦٧)، وأبو داود فى الأدب (٤/ ٣٥٤) ح (٥٢٠٥)، والترمذى فى الاستئذان (٥/ ٦٠) ح (٢٧٠٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه فى الأدب (٢/١٢١٩) ح (٣٦٩٩) فى الزوائد: فى إسناده ابن إسحاق وهو مدلس. قال: وليس لأبى عبد الرحمن هذا سوى هذا الحديث عند المصنف. وليس شىء فى بقية الكتب الستة. وأحمد فى المسند (٢/ ٣٥٢) ح (٧٥٨٤).

(٣) عليكم: سقطت من (أ).

(٤) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/ ٤٤) ح (٦٢٥٧)، ومسلم فى السلام (٤/١٧٠٦) ح (٨/ ٢١٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (ب) ذلك.

فصل

وإنما قلنا سلام الرجل على المرأة جائز والمرأة على الرجل لأن النبى ﷺ سلم على النساء[١]، ولأنه تحية للمؤمن فلم يختص به الرجال دون النساء كتشميت العاطس.

فصل

وإنما فرقنا بين المتجالة والشابة لأن المتجالة لا تسبق الظنة إلى المسلم عليها أراد أن يكون بذلك محادثتها والالتذاذ بكلامها والتذرع إلى ما يرتاب منها وذلك غير مأمون فى الشابة فكره لما يطرق عليه.

فصل

هجرة المسلم لأخيه فوق ثلاث[٢] ليال منهى عنه إلا أن يكون من أهل الأهواء والبدع أو من فساق الأفعال المديمين[٣] على ذلك فمستحب[٤] هجرته ردعًا له وزجرًا، والذى يخرج به هاجر أخيه من هجرته أن يسلم عليه إذا لقيه.

وإنما منعنا دوام الهجرة زيادة على الثلاثة أيام لأن ذلك مؤد إلى التقاطع والتدابر المنهى عنه ومورث للعداوة والبغضاء وتمكن الأحقاد فى قلوب المؤمنين بعضهم لبعض، وضد ذلك ما حض النبى ﷺ من المواصلة والألفة، ونهى عنه من التقاطع والتدابر لقوله ﷺ «لا تقاطعوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانًا، ولا يهجر أحدكم أخاه فوق ثلاث»[٥].

فصل

وإنما استثنينا الثلاث لورود الخبر باستثنائها من المنع وتجرى [العادة فى][٦] الطبائع فى

(١) أخرجه الترمذى فى الاستئذان (٥/ ٥٨) ح (٢٦٩٧) وقال: حديث حسن صحيح، وأبو داود فى الأدب (٤/ ٣٥٣) ح (٥٢٤)، وابن ماجه فى الأدب (٢/ ١٢٢٠) ح (٣٧٠١).

(٢) ثلاث: سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (أ) مؤمنين. وفى (هـ) المدمنين.

(٤) فمستحب: سقطت من (أ).

(٥) أخرجه البخارى فى الأدب (١٠/ ٥٠٧) ح (٦٠٧٦)، ومسلم فى البر (٤/ ١٩٨٥) ح (٢٨/ ٥٦٣).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الهجرة عند حدوث ما يثيرها ويجر إليها وكـانت استدامتها ممنوعة لما ذكرناه واحتيج إلى ضرب مـدة ليفصل بها بين مـا رخص فيه لغلبـة الطباع وبين ما منع منه وكـان أول ما ضرب لذلك الثلاث لأنها جعلت فى الشرع فصلاً فى عدة مواضع.

فصل

وإنما قلنا يخـرجـه من ذلك أن يسلم عليـه، لقـوله ﷺ: «وخـيرهمـا الذى يبـدأ بالسلام»[١]، ولأنه يزول بذلك عن الهجرة المنهى عنها إلى ضرب من المواصلة وهى تحية أخيه المسلم المأمور بابتدائه بها.

فصل

وإنما استثنينا هجران المبتدع فى اعتقاده والمجاهر[٢] بفسقه ومعاصيه ردعًا له عما هو عليه وليزدجر[٣] عنه ويقلع عن استدامته وغضبًا لله سبحانه فى مواصلة من هذه سبيله وإيثار ألفته ومخالطته، ولئلا ينسب مـواصله إلى مثل طريقته ويضاف إليه ما يعرف من قبيح الـطريقة به أو الرضا بذلك من فعله، وفى الحـديث «المرء على دين خليله فلينظر أحدكم من يخالل»[٤]، ولأن المخالـطة لأهل البدع قـد يكون من ضعف القلـب وشره العاميـة بحيث يأمن على نفسه أن يشكك فى دينه، ويمكـن فى قلبه شبهة بدعـة يبعد زوالها منه يتعذر تلافيها، وقد قيل: لا تُمكِّن زائغ[٥] القلب من أذنيك، وروى ذلك عن جملة من السلف رضى الله عنهم.

فصل

والمصافحة جائزة وتكره المعانـقة وأشد من ذلك تقبيل اليد[٦]، وإنما أجزنا المصافحة لقوله ﷺ «ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا»[٧].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (أ)، (هـ) المهاجر.

(٣) ثبت فى (ب،هـ) لينزجر.

(٤) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٤/ ١٧١) صحيح ولم يخرجاه.

(٥) ثبت فى (ب) رابع.

(٦) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٧, ٤٣٨).

(٧) أخرجه أبو داود: الأدب (٤/ ٣٥٥) ح (٥٢١٢) وابـن ماجه: الأدب (٢/ ١٢٢٠) ح (٣٧٠٣)، والترمذى: الاستئذان (٥/ ٧٤) ح (٢٧٢٧)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٢٦٠).

فصل

وإنما كرهنا(١) المعانقة لأنها لم ترد عن النبى ﷺ، ولا عن السلف مع أنها أخلاق العامة إلا أن يكون من طول الاشتياق وقدوم من غيبة أو مع الأهل وما أشبه ذلك ويفارق المصافحة لوجود العمل بها،وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازتها(٢)، ووجهه(٣) ما روى عن حديث أبى ذر أن ر سول الله ﷺ كان يصافحه فجاءه فالتزمه(٤) واعتباراً بالمصافحة.

فصل

وإنما كره تقبيل اليد لأنه من التكبر والتجبر الذى تستعمله الأعاجم ولم ينقل عن أحد من السلف(٥).

فصل

وينبغى للعاطس أن يحمد الله تعالى، وأن يسمع من يقرب منه، وينبغى لمن سمعه أن يشمته إلا أن يتوالى منه ذلك مراراً(٦) فيسقط عنه تشميته، وتشميته أن يقول يرحمك الله، ولرده لفظان: أحدها أن يقول : يهديكم الله ويصلح بالكم ، والآخر أن يقول :

---

(١) ثبت فى (ب) كرهت.

(٢) قال الشيخ الأبى: أجازها سفيان بن عيينة وهو من كبار أهل العلم والفضل. وفى شرح أبى الحسن للرسالة قال: قال غالب التمار: قد ذكرت ذلك للشعبى فقال: كان أصحاب محمد ﷺ إذا تلاقوا تصافحوا فإذا قدموا من سفر عانق بعضهم بعضًا. وقال الإمام النووى: وأما تقبيل الرجل الميت والقادم من سفره ونحوه فسنة ومعانقة القادم من سفر ونحوه سنة، وأما المعانقة وتقبيل وجه غير القادم من سفر ونحوه غير الطفل فمكروهان صرح بكراهتهما البغوى وغيره. انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٨)، انظر حاشية العدوى على شرح أبى الحسن للرسالة (٢/٤٣٨)، انظر المجموع شرح المهذب للنووى (٤/٦٣٧).

(٣) ووجهه: سقطت من (ب).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/٣٥٦) ح (٥٢١٤)،وأحمد فى المسند (٥/١٩٤) ح (٢١٥٠٠).

(٥) ذكره الشيخ العدوى وقال: وهو ظاهر المذهب أى: نصوص أهل المذهب وقال على بن خلف بن بطال أبو الحسن البكرى: إنما يكره تقبيل يد الظلمة والجبابرة أما يد الأب والرجل الصالح ومن ترجى بركته فجائز. انظر حاشية العدوى (٢/٤٣٨)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٨).

(٦) ثبت فى (أ) مرات.

يغفر الله لكم، والأول أفضل.

وإنما قلنا إنه إذا عطس حمد الله عز وجل لقوله ﷺ: «إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله»[1] وروت عائشة رضى الله عنها أن رجلاً عطس عند النبى ﷺ فقال: يا رسول الله ماذا أقول فقال: «قل الحمد لله»[2] وإنما قلنا إن على من سمعه أن يشمته لقوله ﷺ «إذا عطس فليشمته»[3] وقوله «فليقل له صاحبه يرحمك الله»[4]، وإنما قلنا إنه لا يستحق التشميت إلا إذا سمع منه الحمد لله لقوله ﷺ: «إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله وليقل صاحبه يرحمك الله»[5] فشرط فيه أن يكون بعد التحميد، وروى أنه ﷺ عطس عنده رجلان فشمت أحدهما ولم يشمت الآخر، فقيل له فى ذلك فقال: «لأن ذلك حمد لله فشمته وهذا لم يحمد الله فلم أشمته»[6].

[وإنما قلنا إن للرد لفظين لأن الرواية جاءت بهما][7] وإنما قلنا إن قوله: يهديكم الله أفضل لقوله ﷺ: «وليقل يهديكم الله ويصلح بالكم»[8] ولأن الهداية أفضل من المغفرة لأنها قد تعرى من الذنوب، والمغفرة لا تكون إلا لذنب، وإنما قلنا إن التشميت يسقط مع الموالاة لقوله ﷺ «إن عطس فشمته ثم إن عطس فشمته ثم إن عطس فقال إنك مضنوك»[9] يريد مزكوم.

فصل

وعشر من الفطرة: خمس فى الرأس، وخمس فى الجسد، فالتى فى الرأس المضمضة

(١) أخرجه البخارى فى الأدب (١٠/ ٦٢٣) ح (٦٢٢٤)، وأحمد فى المسند (٦/ ٨٨) ح (٢٤٥٥٠).

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٦/ ٨٨) ح (٢٤٥٥٠)، وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وقال: فيه محمد بن إسماعيل بن عياش وهو ضعيف. انظر مجمع الزوائد (٨/ ٦٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى فى الأدب (١٠/ ٦١٥) ح (٦٢٢١)، ومسلم فى الزهد (٤/ ٢٢٩٢) ح (٥٣/ ٢٩٩١).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أصله عند مسلم: أخرجه مسلم فى الزهد (٤/ ٢٢٩٢) ح (٥٥/ ٢٩٩٣)، وأبو داود فى الأدب (٤/ ٣١٠) ح (٥٠٣٧)، ومالك فى الموطأ فى الاستئذان (٢/ ٩٦٥) ح (٤) واللفظ له.

والاستنشاق والسواك وقص إطار الشارب وإعفاء اللحية، والتى فى الجسد: حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار والاستنجاء والختان[١]، وإنما قلنا ذلك لورود الروايات بذلك، فأما المضمضة والاستنشاق والسواك والختان فقد ذكرنا حكم جميعها.

فصل

فأما قص إطار[٢] الشارب فلقوله ﷺ «احفوا الشوارب»[٣] [ومعنى ذلك قص ما زاد من أطرافه[٤]، وروى أنه ﷺ كان يأمر بقص شاربه[٥] وأما حلقه فمثلة منهى عنها][٦] هذا مذهب أكثر أهل العلم وعلماء المدينة، ومروى عن جمهور الصحابة، وذهب أبو حنيفة[٧] والشافعى إلى استحبابه[٨].

وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «ليس منا من حلق»[٩]، ولأن فى تبقيته جمالاً للوجه وزينة، وفى حلقه مثلة وذهاب بهاء الوجه[١٠] وجماله فكانت تبقيته هى المستحبة كشعر اللحية، وروى عن عمرو وأبى سعيد الخدرى ورافع بن خديج وجابر وسهل بن سعد

---

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٣٦، ١١٣٧)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٢)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٠٧، ٤٠٨).

(٢) إطار: سقطت من (ب).

(٣) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/٣٦١) ح (٥٨٩٢)، ومسلم فى الطهارة (١/٢٢٢) ح (٥٢/٢٥٩).

(٤) أطرفه: مطموسة فى (أ).

(٥) أخرجه الترمذى فى الأدب (٥/٩٣) ح (٢٧٦٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/٢٤).

(٨) قال الإمام النووى: ظابط قص الشارب أن يقص حتى يبدو طرف الشفة ولا يحفه من أصله هذا مذهبنا. انظر المجموع شرح المهذب (١/٢٨٧) شرح صحيح مسلم للنووى (٣/١٥١) وقال الحافظ ابن حجر: قال ابن دقيق العيد تعليقًا على كلام النووى: ما أدرى هل نقله عن المذهب أو قاله اختيارًا منه لمذهب مالك، وقال الطحاوى: لم أر عن الشافعى فى ذلك شيئًا منصوصًا وأصحابه الذين رأيناهم كالمزنى والربيع كانوا يحفون وما أظنهم أخذوا ذلك إلا عنه. انظر فتح البارى (١٠/٣٥٩) العدة شرح العمدة (١/٣٤٥، ٣٤٦).

(٩) أخرجه أبو داود فى الجنائز (٣/١٩٠) ح (٣١٣٠)، والنسائى فى الجنائز (٤/١٨) (باب شق الجيوب).

(١٠) ثبت فى (ب) لماء الوجه.

وأبى هريرة وغيرهم أنهم كـانوا يجزون شواربهم[١]، وقال مالك كـان عمر بن الخطاب رضى الله عنه إذا حـزبه أمر فتـل شاربه[٢]، وقـال ابن المسيب أول من قص الشـارب إبراهيم ﷺ[٣]، فأما إعفـاء اللحية وتوفيرها وتكثيرها لأن فـى ذلك جمالاً للوجه وزينة للرجل، وجاء فى بعض الأخبار «أن الله عز وجل زين بنى آدم باللحى»[٤] ولأن الغرض بذلك مخالفة الأعاجم فى نتفها وتبقية اليـسير منها، والإعفاء التكثير ومنه قوله تعالى: ﴿حتى عفوا﴾ [الأعراف:٩] يريد كثروا، هذا ما لم يخرج بطولها عن الحد المعتاد ويفضى بصاحبها إلى الطنز[٥] والسخرية منه.

فصل

وأما حلق العـانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار فمـستحب لورود الخـبر به[٦] واتصال العمل من السلف والأعـصار إلى هلم جرا به، ولأنه من النظافة وإزالة الـشين والقذارة فكان استنانه متأكدًا.

فصل

ولا ينبغى لأحد أن يدخل على أجانب أو أقـارب إلا بإذن ويستأذن ثلاثًا فإن أذن له وإلا رجع إلا أن يغلب على ظنه أنه لم يسـمع فلا بأس أن يزيد، وليستـأذن فى دخوله على أمه وذوات محارمه، وأن يسلم على أهل بيته[٧] وأهله إذا دخل منزله[٨].

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١/ ٢٣٤) ح (٦٩٧).

(٢) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى ورجاله رجال الصحيح خلا عبد الله بن أحمد وهو ثقة مأمون إلا أن عامر بن عبد الله بن الزبير لم يدرك عمر .انظر مجمع الزوائد (٥/ ١٦٩).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٢/ ٩٢٢) ح (٤).

(٤) لم أجده.

(٥) الطَّنْزُ السُّخْرِيَة. وثبت فى (أ) التطرية. وفى (هـ) الطنزية.

(٦) أخـرجـه البـخـارى فى اللبـاس (١٠/ ٣٦١) ح (٥٨٩٠)، ومـسلم فى الطهـارة (١/ ٢٢١) ح (٤٩/ ٢٥٧).

(٧) أهل بيته: سقطت من (ب).

(٨) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٣)، انظر الثمر الدانى (ص٦٩٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٩, ٤٤٠).

فصل

وإنما قلنا إن الاستئذان مأمور به فى الجملة لقوله تعالى: ﴿لا تدخلوا بيوتًا غير بيوتكم...﴾ إلى قوله: ﴿فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم﴾ [النور:٢٨]، وقوله: ﴿فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم﴾ [النور:٥٩] وقوله: ﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم﴾ [النور:٥٨] الآية، ولأنه إذا دخل ولم يستأذن ربما صادف كراهة من القوم لدخوله أو كونهم على ضروب من الانبساط يكرهون أن يراهم الغير عليها.

فصل

وإنما قلنا يستأذن على الأقارب كاستئذانه على الأجانب لأنه متى فاجأهن بالدخول جاز أن يصادف منهن عورة لا يجوز له الاطلاع عليها[١] أو أمرًا يكرهن الوقوف عليه منهن، وقد نبه النبى ﷺ من سأله عن ذلك على هذا المعنى لقوله لما سأله [هل علىَّ أن استأذن على أمى، قال له «نعم»، قال إنى معها فى البيت قال «استأذن عليها» قال إنى خادمها، قال «استأذن عليها»][٢] أتحب أن تراها عريانة[٣] وفى طريق آخر: «أتحب أن ترى منها ما لا تحب» قال لا، قال «فاستأذن»[٤].

فصل

فأما أمته وزوجته الجائز له وطأها فليس عليه استئذانهن لأن أكثر ما فى ذلك أن يصادف منهن تكشفًا وتبسطًا[٥] وقد أبيح له النظر إلى أبدانهن.

فصل

وإنما قلنا إن الاستئذان ثلاثًا لما روى أبو موسى الأشعرى وأبو سعيد الخدرى أنه ﷺ

---

(١) ثبت فى (أ) عليهن.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الاستئذان (٢/٩٦٣) ح (١)، قال أبو عمر: مرسل صحيح. ولا أعلمه يستند من وجه صحيح ولا صالح.

(٤) قال: ابن حجر: أخرجه البخارى فى الأدب المفرد من طريق مسلم بن النذير ومن طريق موسى ابن طلحة وأسانيد هذه الآثار كلها صحيحة، انظر فتح البارى (١١/٢٧).

(٥) ثبت فى (أ) ووسطًا.

قال: «الاستئذان ثلاث فإن أذن لك فادخل وإلا فارجع»[١]، ولأنه قد لا يسمع فى أول مرة واحتيج إلى زيادة عليه فكانت الثلاثة أولى ما حد فيه.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا رجع لقوله ﷺ: «فإن أذن لك فادخل وإلا فارجع»[٢]، ولأن الدخول على الإنسان بغير إذنه غير جائز، والزيادة على القدر الذى ورد به الشرع تعد لما حد فيه، ولا يعلم[٣] إذا لم يؤذن له أنه يكره الدخول فلا ينبغى أن يزد[٤].

فصل

وإنما قلنا إنه إذا غلب على ظنه أنه لم يسمع جاز له أن يزيد لأنه إذا لم يسمع كان كمن لم يستأذن لأن الاستئذان الذى له حكم هو ما صادف سماعًا يعلم من المستأذن عليه هو إذن أو كراهة، فإذا لم يسمع كان كالمستأذن على النائم فلا يكون لاستئذانه حكم.

فصل

وإنما استحببنا أن يسلم على أهله لقوله تعالى: **﴿فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة﴾** [النور:٦١]، ولأنه إذا استحب له ذلك بسمع الأجانب كان أولى مع الأقارب، ولأنها تحية ندب إليها فلم يختلف فيها حكم الأجانب والأقارب كتشميت العاطس.

فصل

ولا يتناجى اثنان دون واحد[٥] لنهيه ﷺ عن ذلك[٦]، ولأن فى ذلك انكسار قلبه لأنه

---

(١) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/٢٨ ـ ٢٩) ح (٦٢٤٥)، ومسلم فى الأدب (٣/ ١٦٩٤) ح (٢١٥٣/٣٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) ولأنه يعلم.

(٤) ثبت فى (ب) أن يؤذيهم.

(٥) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧٠٠)، انظر حاشية العدوى (١/ ٤٤٠).

(٦) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/ ٨٤) ح (٦٢٨٨)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧١٧) ح (٢١٨٣/٣٦).

يعتقد أنهمـا يكرهان اطلاعه على ما هما فيه وستره عنه وارتيـابه بهما، وظنه أنهما فى شىء من أمره، ويجوز إذا كانوا جماعة لأنه قد شركه الباقون فيما يستر عنه من الحديث فيزول عنه الحزن.

فصل

ما يتصـرف فيه الإنسان بجوارحه على ضـربين: منه ما يستحب له فعله بيـمينه فإن فعله بشماله أساء وأجزاه، ومنه ما يستحب له فـعله بشماله فإن فعله بيمينه أساء إلا أن يكون له عذر فى الموضعين.

فالضرب الأول كالعبادات التى ليس طريقها إزالة الأذى وأوائل الأفعال دون الخروج منها وذلك كالوضـوء وتناول الشىء من يد غيره، والأكل والشرب واللـباس للنعل وما أشبه ذلك كل هذا يستحب له فعله بيمينه.

والآخـر كالاسـتنجاء والاسـتنثار وخلع النـعل وتنقيـة الأنف وغيـر ذلك من إزالة النجاسة والأذى فهذا كله مسـتحب له فعله بشماله، والأصل فى هذا قوله ﷺ : [«إذا توضأتم فابدءوا بميامنكم»[١]][٢] وقوله ﷺ : «إذا انتعل أحدكم فليـبدأ بيمينه وإذا خلع فليبدأ بشماله ، ولتكن اليمنى أولهـما تنتعل واليسرى أولهما للخلع»[٣] ، وقوله ﷺ : «لا يأكل أحـدكم بشمـاله ولا يشـرب بشمـاله [فإن الشـيطان يأكل بشـماله ويشـرب بشماله»[٤]][٥]، وقالت عائشة رضى الله عنها : كانت يمينه ﷺ لوجهه وشماله لما وراء ذلك[٦].

(١) أخـرجـه أبو داود فى اللبـاس (٤/ ٦٩) ح (٤١٤١)، وابـن مـاجـه فى الطهـارة (١/ ١٤١) ح (٤٠٢)، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٧١) ح (٨٦٧٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخـرجـه البخـارى فى اللبـاس (١٠/ ٣٢٤) ح (٥٨٥٦)، ومـسلم فى اللبـاس (٣/ ١٦٦٠) ح (٦٧/ ٢٠٩٧).

(٤) أخرجـه مسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٩٨) ح (١٠٥/ ٢٠٢٠)، وأبو داود فى الأطعـمة (٣/ ٣٤٨) ح (٣٧٧٦)، والترمذى فى الأطعمة (٤/ ٢٥٧) ح (١٧٩٩) وابن ماجه فى الأطعمة (٢/ ١٠٨٧) ح (٣٢٦٦)، وأحمد فى المسند (٢/ ١٢) ح (٤٥٣٦).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ قريب منه. أخرجه البخارى فى الوضوء (١/ ٣٢٤) ح (١٦٨)، ومسلم فى الطهارة (١/ ٢٢٦) ح (٦٦/ ٢٦٨).

فصل

ولا ينبغي أن يمشى الرجل فى نعل واحد[١] لنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وقوله «لينتعلها جميعًا أو يخلعها جميعًا»[٢]، ولأن ذلك يشغل قلبه ويؤثر فيه ضربًا من التخيل والاضطراب، ولأنه ضرب من الشهرة والتعريض لأن من يراه نسبه إلى اختلال الرأى ونقصان المروءة وقلة التحصيل ويطرق عليه اللهو ، وذلك خلاف موجب المروءة والتصور[٣] ويجوز ذلك فى الشىء الخفيف إذا كان هناك عذر وهو أن يمشى فى إحداهما متشاغلاً بإصلاح الأخرى، وإن كان الاختيار أن يقف إلى الفراغ منها لأنه ينسب حينئذ إلى شىء مما يكره، وإنما تناول له فى العجلة والإسراع إلى ما لا يأمن فوته فيكون ذلك عذرا له.

فصل

ويستحب للمرء أن يسم الله عند أكله وشربه، وأن يحمد الله عند فراغه[٤] لما روى أنه ﷺ كان إذا وضع يده فى الطعام قال: «بسم الله اللهم بارك لنا فيما رزقتنا»[٥]، وقال لعمر بن أبى سلمة: «سم الله وكل مما يليك»[٦] وروى أبو أمامة أنه ﷺ إذا فرغ من الطعام قال: «الحمد لله كثيراً طيبًا مباركًا فيه»[٧]، وروى أبو سعيد أنه ﷺ كان يقول:

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٤٠).

(٢) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٢٢) ح (٥٨٥٥) ، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٦٠) ح (٦٧/ ٢٠٩٧).

(٣) ثبت فى (ب) التصديق.

(٤) ذكره ابن عبد البر: انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٥).

(٥) وعن ابن أعبد قال: قال لى على بن أبى طالب ـ عليه السلام ـ: يا ابن أعبد تدرى ما حق الطعام؟ قال: قلت: وما حقه يا ابن أبى طالب؟ قال: تقول: بسم الله اللهم بارك لنا فيما رزقتنا، قال: وتدرى ما شكره إذا فرغت؟ قال: قلت: وما شكره؟ قال: تقول الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا» قال الحافظ الهيثمى رواه عبد الله بن أحمد وذكره بطوله وابن أعبد قال ابن المدينى: ليس بمعروف، وبقية رجاله ثقات ـ انظر مجمع الزوائد (٥/ ٢٥).

(٦) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٣٤) ح (٥٣٧٨)، ومسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٩٩) ح (١٠٨/ ٢٠٢٢).

(٧) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٩٣) ح (٥٤٥٨)، والترمذى فى الصلاة (٢/ ٢٥٤) ح (٤٠٤) وأبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٥) ح (٣٨٤٩) وابن ماجه فى الأطعمة (٢/ ١٠٩٢) ح (٣٢٨٤).

«الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين»[(١)].

فصل

وينبغى له أن يتناول اللقمة بيمينه لما بيناه، ولا يأكل إلا مما يليه إذا كان الطعام نوعًا واحدًا[(٢)] لقوله ﷺ: «وكل مما يليك»[(٣)]، ولأن فى تعديه ما يلى غيره دناءة وقلة مروءة وأدب[(٤)]، وإذا كان أنواعًا مختلفة جاز أن يجيل يده فى نواحيه لأنه ينسب[(٥)] فى ذلك إلى غرض صحيح غير مستقبح وهو إرادة النوع الذى فى الناحية البعيدة عنه.

فصل

ولا ينبغى أن ينفخ فى طعام ولا شراب ولا أن يتنفس فى إنائه، وإذا ضاق النفس بالشارب فلينح[(٦)] القدح عن فيه فإذا تنفس أعاده[(٧)] لما روى أنه ﷺ نهى عن النفخ فى الشراب[(٨)]، فقال له رجل: إنى أروى من نفس واحد فقال له ﷺ: «فأبن القدح عن فيك وتنفس»[(٩)]، وروى أنه ﷺ قال: «اشرب فى ثلاثة أنفاس فهذا أهنا وأمرأ»[(١٠)]، ولأنه إذا تنفس فى الإناء جاز أن يطير مع نفسه شىء من ريقه أو أنفه فتعافه النفس وينسب إلى القذارة، [وكذلك قلنا إنه إذا رأى القذراة][(١١)] فى الإناء أراقها ولم ينفخها

(١) أخرجه أبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٥) ح (٣٨٥٠)، والترمذى فى الدعوات (٥/ ٥٠٨) ح (٣٤٥٧) وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١١٣٨, ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (أ) آداب.

(٥) ثبت فى (أ) سبب.

(٦) ثبت فى (أ) فليتنح.

(٧) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص٦٩٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٧).

(٨) ثبت فى (أ) الشرب.

(٩) أخرجه الترمذى فى الأشربة (٤/ ٣٠٣) ح (١٨٨٧) وقال: حسن صحيح، ومالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٢/ ٩٢٥) ح (١٢).

(١٠) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: كان يتنفس ثلاثًا. أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/ ٩٥) ح (٥٦٣١)، ومسلم فى الأشربة (٣/ ١٦٠٢) ح (١٢٢/ ٢٠٢٨).

(١١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

وورد الرواية بذلك.

فصل

ويجوز الشرب قائمًا لأنه ﷺ فعل ذلك[١]، وذكر مثله عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وروى عن سعد وابن عمر وعائشة[٢] رضى الله عنهم أجمعين.

فصل

يكره الأكل متكئًا لقوله ﷺ: «أما أنا فلا آكل متكئًا»[٣]، ولأن ذلك من فعل الأعاجم اعتقادًا للتجبر والتعظيم، وإذا أراد دفعه إلى غيره دفعه إلى الأيمن لما بيناه من استحباب التيامن على غيره، ولما روى أنه ﷺ أتى بشراب وعن يمينه أعرابى وعن شماله أبى بكر وعمر والأشياخ، فقال للأعرابى: «وإن أذنت دفعت إلى أبى بكر»، فقال الأعرابى: لا أوثر بنصيبى منك أحدًا، فتله رسول الله ﷺ فى يده[٤]. ولأن ذلك مذهب العرب وسنتها فإذا أكده الشرع كان أدخل فى الندب وأولى بالاستحباب.

فصل

ولا يجوز الأكل والشرب فى آنية الذهب والفضة، ولا اتخاذها للاستعمال فى غير ذلك[٥]، وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «الذى يشرب فى آنية الذهب والفضة إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم»[٦].

وكذلك الأكل أيضًا ممنوع لأن المعنى فيه وفى الشرب واحد وهو الخيلاء والتجبر،

(١) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/٨٣) ح (٥٦١٥)، ومسلم فى الأشربة (٣/١٦٠١) ح (٢٠٢٧/١١٧).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٢/٩٢٥ ـ ٩٢٦) ح (١٣ ـ ١٤ ـ ١٥ ـ ١٦).

(٣) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/٤٥١) ح (٥٣٩٨)، وأبو داود فى الأطعمة (٣/٣٤٧) ح (٣٧٦٩)، والترمذى فى الأطعمة (٤/٢٧٣)ح (١٨٣٠) وابن ماجه فى الأطعمة (٢/١٠٨٦) ح (٣٢٦٢) وأحمد فى المسند (٤/٣٧٨) ح (١٨٧٨١).

(٤) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/٨٨)ح (٥٦١٩)، ومسلم فى الأشربة (٣/١٦٠٣) ح (٢٠٢٩/١٢٤).

(٥) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٣)، انظر حاشية العدوى (٢/٤٢٩، ٤٣٠).

(٦) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/٩٨) ح (٥٦٣٤)، ومسلم فى اللباس (٣/١٦٣٤) ح (٢٠٦٥/١).

ولأنه من ضروب ملوك الأعاجم والأكاسرة، ويجوز استعمال المضبب[١] إذا كان يسيراً.

فصل

وينبغي لمن أراد النوم أن يوكئ سقاءه ويكفى إناءه ويغلق بابه ويطفئ سراجه لورود الخبر بنص ذلك، ولأنه لا يأمن أن يتعدى من تركه ضرراً إذا لم يكن للسراج من يراعيه أو أن يعبث بالإناء شيء من الهوام، وأما إغلاق الباب فاحترازاً من السارق، وقد قال ﷺ: «أوكوا السقاء وأكفؤا الإناء واطفؤوا المصباح فإن الفويسقة تضرم على الناس بيوتهم»[٢]، وفي بعض الأمهات فصل زائد.

فصل

يجوز الشرب قائمًا لأنه ﷺ فعل ذلك والسلف، وقال ابن عمر كنا نأكل ونحن نسعى ونشرب ونحن قيام على عهد رسول الله ﷺ[٣].

فصل

كره مالك تعمد غسل اليد للأكل[٤] لأنه من زى الأعاجم، ولم يرو عن السلف إلا أن يخاف أن يكون مس بيده شيئًا يكره أن يباشر به الطعام، ولأن ذلك إن كان مقصوداً

(١) ثبت في (أ) المنضب.

(٢) أخرجه البخاري في بدء الخلق (٦/ ٤٠٩) ح (٣٣١٦)، ومسلم في الأشربة (٣/ ١٥٩٤) ح (٩٦/ ٢٠١٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة (٢/ ١٠٩٨) ح (٣٣٠١)، الترمذي في الأشربة (٤/ ٣٠٠) ح (١٨٨٠) وقال: حديث صحيح غريب.

(٤) وقال ابن عبد البر: وغسل اليد قبله وبعده حسن وبركته فيه قال الفارسي سلمان: قرأت في التوراة البركة في الطعام الوضوء قبله فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «البركة في الطعام الوضوء قبله وبعده ومن بات وفي يده غمر الطعام وسهكه وأصابه لمم فلا يلومن إلا نفسه». انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١١٣٩، ١١٤٠).

وقال أبو الحسن في شرح الرسالة: وقول مالك هو مشهور المذهب. انظر حاشية العدوي على شرح الرسالة (٢/ ٤٣٢).

قال الشيخ الأبي: قال الإمام مالك: وليس العمل على قوله عليه الصلاة والسلام: الغسل قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم. أي: ليس عمل أهل المدينة عليه أي: ومذهبه أنه يقدم على الحديث وإن كان صحيحًا وذلك لأن عملهم على خلاف حديث المصطفى لا يكون إلا لموجب وذلك لكون النبي ﷺ فعل خلاف مقتضاه الدال على نسخه. انظر الثمر الداني (ص ٦٩٤).

به المبالغة فى النظافة فيكره له الاقتداء بالأعاجم مع مضادتهم العرب واعتقادهم أنهم أبصر وأعرف بتدبير الأمور وسائر النظافة لأن التخلق بأخلاق العرب فى الجملة أولى، والتعلق بآدابهم وسننهم أحق إلا قدر ما ورد به الشرع بمنعه.

فصل

وينبغى لآكل الكراث والبصل والثوم اجتناب المسجد[1] لقوله ﷺ «من أكل من هذه البقلة الخبيثة فلا يقربن مصلانا»[2]، وقوله ﷺ «من أكل هذه الشجرة فلا يقربنَّ مسجدنا يؤذينا بريح الثوم»[3]، وروى أنه ﷺ كان يجتنب ذلك لأجل جبريل عليه السلام[4].

فصل

يستحب غسل اليد والفم من الدسم[5] لأمره ﷺ بذلك[6]، وروى أنه ﷺ شرب لبنًا فمضمض، وقال: إن له دسمًا»[7]، وإن لم يكن فى طعامه ذلك فليس عليه غسل يده، وقد روى أن منديل عمر رضى الله عنه كان بطن قدمه[8].

فصل

ولا بأس بالإجابة إلى وليمة العرس لقوله ﷺ: «من دعى إلى وليمة فليجب»[9] فلينبغى ألا يمتنع من دعى إليها من الحضور بخلاف دعوى الختان وغيرها، وإن أجاب

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٠).

(٢) أخرجه أبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٠) ح (٣٨٢٤)، والطبرانى فى الأوسط (٥/ ٦٧) ح (٤٦٩٠)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: رجاله موثقون بالنسبة للرواية التى فى الأوسط. انظر مجمع الزوائد (٢/ ٢٠).

(٣) أخرجه البخارى فى الأذان (٢/ ٣٩٤) ح (٨٥٣) ، ومسلم فى المساجد (١/ ٣٩٣) ح (٦٨/ ٥٦١).

(٤) أخرجه البخارى فى الأذان (٢/ ٣٩٥) ح (٨٥٥) ومسلم فى المساجد (١/ ٣٩٤) ح (٧٣/ ٥٦٤).

(٥) انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٥).

(٦) أخرجه الترمذى فى الأطعمة (٤/ ٢٨٩) ح (١٨٥٩). وقال: حديث حسن صحيح.

(٧) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/ ٧٣) ح (٥٦٠٩)، ومسلم فى الحيض (١/ ٢٧٤) ح (٩٥/ ٣٥٨).

(٨) أصله عند البخارى من طريق جابر أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٩٢) ح (٥٤٥٧).

(٩) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ١٤٨ ـ ١٤٩) ح (٥١٧٣)، ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٥٢ ـ ١٠٥٣) ح (٩٨/ ١٤٢٩).

إلى ذلك فلا بأس وإن امتنع فلا بأس، وإنما استحببنا حضور وليمة النكاح لأن فى ذلك معونة على إظهاره، والمبالغة فى إعلانه وذلك مستحب فيه، وليس عليه أن يأكل وإنما عليه أن يحضر لقوله ﷺ: «من دعى إلى وليمة فليجب فإن كان مفطراً فليأكل وإن كان صائمًا فليصل»[1] أى: فليدع، وهذا إذا كانت الوليمة [خالية من اللعب والمنكر كالطبل والزمر، وإن كان فيها شىء من ذلك فلا ينبغى حضوره إلا أن يكون خفيفًا لا ينكر نوعه فلا بأس به][2].

فصل

يكره فى الجملة لأهل الفضل التسرع إلى إجابة الطعام والتسامح بذلك، لأن فيه مذلة، ودناءة وإضاعة للتصاون وأخلاق ذوى الهيئة عند دناءة النفس ونسبة فاعله إلى الشره ودناءة النفس وجرأته عليه وانبساطه، وسيما إن كان حاكمًا أو ممن يتعلق به حقوق الناس واعتقاد منّه عليه[3]، وقد قيل : ما وضع أحد يده فى قصعة أحد إلا ذل له.

فصل

عيادة المسلم أخاه إذا مرض مستحبة مندوب إليها لقوله ﷺ: «من حق المسلم على المسلم ثلاث: فذكر ويعوده إذا مرض»[4]، وقوله ﷺ: «لا تقاطعوا ولا تدابروا»[5]، وروى: إذا عاد الرجل المريض خاض الرحمة[6] فإذا قعد عنده قرت فيه» وشهادة جنازته آكد فى الاستحباب من عيادته لقوله ﷺ «ويشهد جنازته إذا مات»[7] ولأنه إلى الدعاء له بعد الموت أحوج منه إليه حال الحياة.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) عليه: سقطت من (ا).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) أخرجه مالك فى الموطأ فى العين (٢/٩٤٦).
(٧) تقدم تخريجه.

فصل

والغيبة حرم[١] لقوله عز وجل: ﴿ولا يغتب بعضكم بعضًا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتًا فكرهتموه﴾ [الحجرات:١٢]، ولما روى من الآثار فى منعها والنهى عنها، ولأن فيها مؤدى إلى العداوة والبغضاء وإفساد المودات وتولد الأحقاد وذلك ضد المأمور به، ويجب فى الجملة لأهل الدين والعلم والفضل والورع حفظ ألسنتهم واستعمال الصمت والإقلال من الكلام إلا فيما لابد منه وما تدعو الحاجة إليه من دعاء أو قراءة أو درس أو تعليمه أو مصلحة حال الإنسان، فإن فى الإكثار منه السقط والخطل والتعريض للزلل ولمثل ذلك مدح العلماء الصمت، وقال مالك رحمه الله: من عد كلامه من عمله[٢] قل كلامه، وروى أن عمر دخل على أبى بكر الصديق رضى الله عنهما وهو يجبذ بلسانه ويقول: هذا أوردنى الموارد.

فصل

لبس الحرير ممنوع للرجال مباح للنساء[٣] لقوله ﷺ: «الحرير محرم على ذكور أمتى»[٤]، وقوله: «لباس من لا خلاق له»[٥]، ويجوز للنساء لأن الزينة مباح لهن، ولأن ذلك ينفعهن عند الأزواج، وكذلك التختم بالذهب ممنوع للرجل[٦] لنهيه ﷺ عنه للرجال[٧]، ويجوز للنساء.

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٦١)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٣٨١).

(٢) ثبت فى (ب) من علمه.

(٣) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٢).

(٤) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٤٩) ح (٤٠٥٧)، وابن ماجه فى اللباس (٢/ ١١٨٩) ح (٣٥٩٥)، والنسائى فى الزينة (٨/ ١٣٨) (باب: تحريم الذهب على الرجال)، والترمذى فى اللباس (٤/ ٢١٧) ح (١٧٢٠) وقال: حسن صحيح.

(٥) أخرجه البخارى فى الجمعة (٢/ ٤٣٤) ح (٨٨٦)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٣٩) ح (٨/ ٢٠٦٨).

(٦) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٤)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٢).

(٧) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٢٧) ح (٥٨٦٣)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٥٤) ح (٥١/ ٢٠٨٩).

فصل

ويجوز لـبس الخز لأنه ليس من الحـرير وقد لبـسه السلف، وكرهـه مالك[١] لأجل السرف وإن دعت ضرورة إلى لبس الحرير جاز، وقـد رخص فى اليسير منه كالعلم فى الثوب وشبهه.

فصل

ولا يجوز التماثيل فى بنـاء أو لباس أو فراش إلا أن يكون رقمًا فى ثوب، والأصل فيـه نهيه ﷺ عنـه وتشديده وقوله «إن الملائكة لا تدخل بـيتًا فيـه كلب ولا صورة»[٢] وقوله: «أشد الناس عذابًا يوم القـيامة المصورون»[٣]، وقوله «إن أصحـاب هذه الصور يقال لهم يوم القيامة أحيوا ما خلقتم»[٤]، وقوله لعائشة رضى الله عنها «لم تزل الملائكة تدفعنى فى القرام الذى نصبته»[٥].

فصل

والاختيـار التختم فى اليـسار لأن ذلك هو المروى عن النبى ﷺ[٦] والسلف الأكثر منهم، ولأن خلافه قد صار كالشعار للمبتدعة، علل بعض أصحابنا بأن المتناول باليمين ليوضع الشمال.

---

(١) قال الشـيخ الأبى: صحح من القـبس الجواز واستظهـر ابن رشد الكراهة وقـال القرافى: ظاهر المذهب الحرمة لقوله ﷺ فى حلة عطارد وكان يخـالطها الحرير: «إنما يلبس هذه من لا خلاق له فى الآخـرة». انظر الثمـر الدانى (ص ٦٨٥). وقال الشـيخ العدوى: قول ابن رشـد هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب فهو الراجح. انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٥).

(٢) أخـرجـه البـخـارى فى البـيـوع (٦/٣٥٩) ح (٣٢٢٥)، ومـسلم فى اللبـاس (٣/ ١٦٦٥) ح (٢١٠٦/٨٣).

(٣) أخـرجه البـخـارى فى اللباس (١٠/٣٩٦) ح (٥٩٥٠) ، ومـسلم فى اللبـاس (٣/ ١٦٧٠) ح (٢١٠٩/٩٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البـخارى فى الصلاة (١/٥٧٧) ح (٣٧٤) بلفظ: «أميطى عنا قـرامك هذا، فإنه لا تزال تصاويره تعرض فى صلاتى» وأحمد فى المسند (٣/١٨٦) ح (٣٩ ١٢٥) بنحوه.

(٦) أخـرجـه مـسلم فى اللبـاس (٣/١٦٥٩) ح (٦٣/ ٢٠٩٥)، وأبو داود فى الخـاتم (٤/٨٩) ح (٤٢٢٩)، والترمذى فى اللباس (٤/ ٢٤٩) ح (١٧٨٦)، وأحمد فى المسند (١/ ٩٨) ح (٥٨٨).

فصل

يكره أن يلبس النساء من الرقيق ما يبين منه أبدانهن[1] لأن ذلك من التبرج وإبداء الزينة المنهى عنها، وفى ذلك قال النبى ﷺ «كاسيات فى الدنيا عاريات يوم القيامة لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها»[2]، وروى أن حفصه بنت عبد الرحمن دخلت على عائشة وعليها خمار رقيق فشقته عائشة رضى الله عنها وكستها خماراً كثيفًا[3].

فصل

ولا يجوز لأحد أن يجر ثوبه بطراً ولا خيلاء[4] لقوله ﷺ «لا ينظر الله يوم القيامة إلى من يجر إزاره بطراً» وروى «خيلاء»[5] ويستحب تقصير الثياب إرادة التواضع ولينفى عن الرجل الخيلاء فى المشية واللبسة المتوعد عليها، وفى الحديث: «بينما رجل ممن كان قبلكم يتبختر فى حلة فأمر الله عز وجل الأرض أن تبلعه فهو يتجلجل فيها إلى يوم القيامة»[6]، وقال ﷺ «إزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه لا جناح عليه فيما بينه وبين الكعبين فما زاد ففى النار»[7]، وهذا للرجال فأما النساء فلهن الزيادة على ذلك نحو الشبر وما زاد عليه إلى الذراع لما روى أن أم سلمة قالت فكيف بالنساء يا رسول الله ﷺ، قال: «يرخين شبراً» قالت: إذًا تبدوا أسواقهن وأقدامهن قال: «فذراع ولا يزدن عليه»[8].

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٥)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٦).

(٢) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٨٠) ح (١٢٥/ ٢١٢٨)، ومالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٣) ح (٧)، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٧٢) ح (٨٦٨٦).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٣) ح (٦).

(٤) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٥).

(٥) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٢٦٩) ح (٥٧٩١)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٥١) ح (٤٢/ ٢٠٨٥).

(٦) أصله عند البخارى ومسلم، أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٢٦٩) ح (٥٧٨٩)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٥٤) ح (٥٠/ ٢٠٨٨).

(٧) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٥٨) ح (٤٠٩٣)، وابن ماجه فى اللباس (٢/ ١١٨٣) ح (٣٥٧٣)، ومالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٤ ـ ٩١٥) ح (١٢).

(٨) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٦٤) ح (٤١١٧)، والنسائى فى الزينة (٨/ ١٨٤) (باب: ذيول النساء)، ومالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٥) ح (١٣).

فصل

اشتمال الصماء على غير ثوب منهى عنه[١]، وعلى ثوب مختلف أصحابنا فيه[٢]، والاحتباء على غير ثوب منهى عنه أيضًا، والأصل فيه ما روى أنه ﷺ نهى عن لبستين اشتمال الصماء وأن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على فرجه منه شىء[٣]، ووجه الجواز إذا كان على الثوب أن المنع من ذلك خيفة انكشاف العورة فإذا أمن هذا جاز، ووجه المنع عموم النهى لأن المنع من ذلك لصفة اللبسة وذلك موجود وإن كانت من وراء ثوب.

فصل

جملة أقسام اللباس خمسة متعلقها[٤]: واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومباح وهذه الأحكام تثبت على وجهين: أحدهما على وجه العموم[٥]، والأخرى على وجه الخصوص ثم متعلقها وجهان[٦]، وثبوت هذه الأحكام لها ضربان: راجع إلى حق الله عز وجل وراجع إلى حق الإنسان ونحن نبين جملة ذلك.

أما الواجب فما يستر العورة عن أعين الناس[٧] وهذا القسم عام غير خاص وهو الراجع إلى حق الله تعالى، وأما الراجع منه إلى حق الإنسان فما يقى من الحر والبرد ويستدفع به الضرر فى الحروب وما أشبه ذلك، ولسنا نريد بأنه يرجع إلى حق المخلوق أنه يجوز له تركه لأنه لو كان كذلك[٨] لم نصفه بأنه واجب وإنما نريد أنه يجب لأجل المخلوق لا لعبادة هو شرط فى صحتها وهذا أيضًا عام غير خاص.

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٦)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٨).

(٢) قال الشيخ الأبى: اختلف فيه على قولين لمالك بالمنع اتباعًا لظاهر الحديث والإباحة لانتفاء العلة المذكورة وهى كشف العورة. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٦)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٨).

(٣) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٢٩٠) ح (٥٨٢١)، ومسلم فى البيوع (٣/١١٥٢) ح (٢/١٥١١).

(٤) متعلقها: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) على وجه المنع.

(٦) ثبت فى (ب) وجهات.

(٧) ثبت فى (ب) المخلوقين.

(٨) ثبت فى (أ) له ذلك.

فأما المندوب: على التقسيم الذى ذكرناه فما هو لحق الله كالرداء فى الجماعة وأن لا يعرى منكبيه من شىء والثياب الجميلة فى الأعياد وما فى معنى ذلك، والراجع إلى حقوق المخلوقين ما يتجملون به بينهم وما لا يزدرى بصاحبه ولا ينقص من مروءته وهذا من حقوق الآدميين وهو عام فى الندب.

فأما المحظور: فعلى ضربين عام وخاص، فالعام منه ضربان: راجع إلى نوع الملبوس وراجع إلى صفة اللبس، والأول منه: السرف الزائد على القدر المأذون فيه المخرج صاحبه إلى الخيلاء والبطر، والثانى منه: اشتمال الصماء والحبوة على غير ثوب وهذا عام فى كل لابس وخصوصه فى الصفة مختلف فيه: أعنى إذا اشتمل الصماء من فوق ثوب وهذا يستر العورة، صفة اشتمال الصماء أن يلتحف بالثوب ويرفعه على أحد جانبيه فلا يكون ليده موضع يخرج منه ولذلك سمى الصماء، والاحتباء مذهب العرب وصفته: أن يجلس ويضع ركبتيه [ويدير ثوبه من وراء ظهره إلى أن يبلغ به ركبته][1] ويشده حتى يكون كالمعتمد عليه والمستند إليه، وهذا إذا كان تحته الثوب يستر العورة فهو داخل فى قسم المباح، وإن كان على غير ثوب فهو محظور لأدائه إلى كشف العورة ومنه التلثم وتغطية الأنف فى الصلاة وقد ذكرناه، وأما الخاص فالحرير وتحريمه للذكور دون الإناث وليس من هذا الباب الثوب النجس[2] لأن ذلك لا يرجع إلى اللبس، وإنما يرجع إلى حمل النجاسة بدليل منعه لبس الثوب الذى فيه نجاسة على حد منعه أن يستعملها فى بدنه وليس ذلك بلبس، ومنه التختم بالذهب إن عد لباسًا ومنه لبس المخيط فى الإحرام، وكل هذا القسم يرجع إلى حق الله ولعل فيه ما يرجع إلى حق الآدميين والظاهر الأول.

وأما المكروه: فنقيض المندوب إليه فيغنينا عن التفصيل، ومنه فى الجملة ما خالف زى العرب وأشبه زى الأعاجم وعاداتهم كالتعمم بغير تحنيك، وقد روى «تلك عمامة الشيطان»[3]، وترك التردى وما أشبه ذلك لأن سنة العرب ومذاهبها هى سنة النبى ﷺ ومذهبه إلا قدر ما نهى عنه.

وأما المباح: فما يرجع إلى نوع الملبوس كالقطن والكتان والصوف، وإلى صفته

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٢) ثبت فى (ب) الذى فيه نجاسة.

(٣) لم أجده.

كالقميص والمناديل والعمائم وثياب النســاء ومنه راجع إلى صفة اللبس كالرداء والاحتباء والسدل وهو أن يطرح رداءه على منكبيه ويبـقى وسطه على رأسه أو ظهره، وقد يكون عامًا وقد يكون خاصًا على ما بيناه وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه على ما أغفلناه.

فصل

دخول الحمام جائز للرجال إذا كان بمئازر ولا يجوز للنساء إلا من علة إما من مرض لا يصلحه إلا الحمام أو الحاجة إلى الاغتسال لحيض أو نفاس لشدة البرد وتعذر إسخان الماء فى غيره وما أشبه ذلك[1]، وإنما فرقنا بين الرجل والمرأة فى ذلك لقوله ﷺ «الحمام بيت لا يستر فيه لا يحل لرجل يـؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخله إلا بمئزر، ولا امرأة تؤمن بالله واليـوم الآخـر أن تدخله إلا من علة»[2]، وروى أن نسوة من أهـل حمص دخلن على عائشة رضى الله عنـها فقالت: لعلكن من النساء اللاتى يدخلن الحـمامات قلن: إنا لنفعل ذلك فـقالت أما إنى سـمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيمـا امرأة نزعت ثيابها فى غيـر بيت زوجها فقد هتكت ما بينـها وما بين الله عز وجل»[3]، وقال بعض متـأخرى أصحـابنا إن هذا النهى إنما كان فى الوقت الذى لم يكن للنسـاء مفردًا، فـأما اليوم فقد زال ذلك فيجب أن يجوز.

فصل

ووصل الشعر والوشم ممنوع منه لقوله ﷺ: «لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة»[4] والمعنى فى ذلك أن فيه غرورًا وتدليسًا.

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٧). انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٠).

(٢) أخرجه التـرمذى فى الأدب (٥/١١٣) ح (٢٨٠١)، وقال : حديث حسن غـريب. وليس فيه (من علة).

(٣) أخـرجـه أبو داود فى الحـمـام (٤/٣٨) ح (٤٠١٠)، وابن مـاجـه فى الأدب (٢/١٢٣٤) ح (٣٧٥٠)، والترمذى فى الأدب (٥/ ١١٤) ح (٢٨٠٣) وقال: حديث حسن.

(٤) أخـرجـه البخـارى فى اللبـاس (١٠/ ٣٩١) ح (٥٩٤٠)، ومـسلم فى اللبـاس (٣/١٦٧٧) ح (١١٩/٢١٢٤).

فصل

والخضاب[١] جائز وتركه واسع إلا بالسواد فإنه يكره ، وإنما قلنا : إنه جائز لأن رسول الله ﷺ كان يخضب بالحناء والكتم[٢]، وروى عن أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم[٣]، وقال مالك[٤] كان رسول الله ﷺ لا يخضب[٥] قال يدل على ذلك أن عائشة رضى الله عنها سئلت وقالت: كان أبو بكر يخضب[٦] فلو كان رسول الله يخضب لذكرته، لأنه لا يجوز أن يخفى ذلك عليها وإنما كره السواد لأن ذلك تدليسًا على النساء وإيهامًا أنه خلقة وأنه باق على الشباب فتدخل المرأة على ذلك ولو عرفت أنه خضاب لم تدخل عليه.

فصل

ولا يخلو رجل بامرأة ليست منه بمحرم للنهى عن ذلك[٧] وقوله ﷺ «إن الشيطان ثالثهما»[٨] وفائدته أن الشيطان يدعوه إلى المعصية مع الخلوة، وإذا كان معها غيره راقبه وخاف أن يطلع عليه أو لا يحدث نفسه بذلك فيكون على أصل[٩] خشية الله من مواقعة المعصية لا رهبة من الخلق.

---

(١) قال الفيروزآبادى: خَضَبَه يَخضبه: لونَّه كخضبه والخضاب ما يختضب به. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٦٢).

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٤/ ٢٠٢) ح (١٧٥٠٩)، وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى البزار وفيه يحيى بن أبى كثير أبو النضر وهو ضعيف جدًا ولم يسمع من أبى الطفيل. انظر مجمع الزوائد (٥/ ١٦٣).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الشعر (٢/ ٩٤٩ ـ ٩٥٠) ح (٨).

(٤) ثبت فى (أ) وقالوا.

(٥) انظر الموطأ (٢/ ٩٥٠).

(٦) انظر الموطأ (٢/ ٩٥٠).

(٧) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٤)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٢).

(٨) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ (لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذى محرم)، أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٢٤٢) ح (٥٢٣٣) ومسلم فى الحج (٢/ ٩٧٨) ح (٤٢٤/ ١٣٤١)، والترمذى فى الرضاع (٣/ ٤٦٥) ح (١١٧١) واللفظ له، وأحمد فى المسند (٣/ ٤١٦) ح (١٤٦٦٣) بنحوه.

(٩) ثبت فى (ب) أفضل.

فصل

ولا يجتمع رجلان ولا امرأتان متعريين فى لحاف أو إزار واحد[١] للنهى عن ذلك[٢]، ولأن كل واحد يرى عورة صاحبه.

فصل

يجوز النظر إلى المتجالة ويكره إلى الشابة إلا لعذر من شهادة أو علاج أو غير ذلك[٣]، لأن الشابة لا تؤمن الفتنة بها والتلذذ بالنظر إليها والمتجالة قد زال منها هذا المعنى، وقد قال الله تعالى: **﴿والقواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحًا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة﴾** [النور: ٦٠] الآية، ويجوز النظر إلى الشابة عند الخطبة لإباحته ﷺ ذلك وقوله : «فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[٤]، ولا يجوز أن يطلع[٥] منها على محرم لأن ذلك لا يجوز إلا بالعقد المبيح له.

فصل

ويجوز أن تأكل المرأة مع الوغد[٦] من عبيدها الذى يؤمن منه التلذذ بها وأن يرى شعرها، ولا يجوز ذلك مع الشاب الذى ربما حدثته نفسه بمحرم منها أو المرغوب فيه لنظافته.

فصل

لا يجوز تعمد حضور اللهو واللعب ولا شىء من الملاهى المطربة كالطبل والزمر وما

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٠).

(٢) أخرجه مسلم فى الحيض (١/ ٢٦٦) ح (٧٤/ ٣٣٨)، والترمذى فى الأدب (٥/ ١٠٩) ح (٢٧٩٣) وقال: حديث حسن غريب جميع وأحمد فى المسند (٣/ ٧٨) ح (١١٦٠٧).

(٣) ذكره الشيخ الأبى، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه فى النكاح (١/ ٥٩٩) ح (١٨٦٥) فى الزوائد: إسناده صحيح ورجاله ثقات، والنسائى فى النكاح (٦/ ٥٧) باب (إباحة النظر قبل التزويج)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٣٨٨) ح (١٠٨٧).

(٥) ثبت فى (أ) أن ينضم.

(٦) ذكره ابن عبد البر وقال: وترك ذلك أقرب إلى السلامة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٦).

فى معناه، وقد رخص من ذلك فيمـا يستعمل فى النكاح من الدف والكبر[١]، والأصل فى منعه قوله تعالى: ﴿وإذا سمعوا اللغـو أعرضوا عنه﴾ [القصص:٥٥] ولأن ذلك من المنكر المنهى عنه المتوعد عليه لأن فيه ما يدعو إلى المعاصى والآثام ويحسن شرب الخمر وذلك ممنوع، وربما أدى إلى هتك المروءة وزوال التصاون.

فصل

ولا يجـوز قراءة القـرآن بالألحان المطربة والمشـبهـة بالأغـانى إعظامًا له وتنزيهًا عن الأغانى والمناكير[٢]، ولأن ثمـرة قراءته الخشـية لله وتجـديد التوبة عنـد سماع مـواعظه والاعتبـار ببراهينه وقصصـه وأمثاله والشوق إلى مـوعوده وذلك ينافى تلحينه واعـتقاد الإطراب بطيب سماعه، وينـبغى تقسيم قراءته إلى تفخيم وإعظام فـيما يليق بذلك منه وإلى تحرير وترقـيق على حساب المواعظ المقرؤة منه والحـال المقروءة فيهـا، وقد نبه الله تعالى على ما ذكره من تقسيم القراءة وصفتها بقوله تعالى: ﴿إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم وإذا تليت عليهم آياته زادتهم إيمانًا وعلى ربهم يتوكلون﴾ [الأنفال: ٢] وقوله تعالى: ﴿أفلا يتدبرون القرآن أم علـى قلوب أقفالها﴾ [محمد:٢٩]، وقوله تعالى: ﴿ليدبروا آياته﴾ [ص:٢٩]، وقوله تعالى: ﴿إذا سمعوا مـا أنزل إلى الرسول ترى أعينهم تفيض من الدمع﴾ [المائدة:٨٣] ولأن الألحان إذا كرهت فى الشعر كانت فى القرآن أولى.

فصل

لا يسافر بالقرآن إلى أرض العـدو ومخافة أن ينالوه[٣] ، وللنهـى الوارد فى ذلك[٤] استخـفافًا بحرمته وضد مـا أمر به من تعظيمه وإكرامـه ، ويجوز أن يكتب إليهم بالآية والآيتين إذا كـان الغرض بذلك الدعاء إلى الإسلام لما روى أنه ﷺ كـتب إليهم : بسم الله الرحمن الرحيم ﴿قل يا أهل الكتـاب تعـالوا إلى كلمـة سواء بـيننا وبينكم﴾[٥] [آل عمران: ٦٤].

---

(١) قال الشيخ الأبى: وقـد اختلف فى الكبر: وهو طبل صغـير بجلد من ناحية واحـدة فأجازه ابن القاسم ومنعه غيره، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٢).

(٢) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٧٧)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٠٠).

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٤٤٦).

(٤) أخرجه البخارى: الجهاد (٦/ ١٥٥) ح (٢٩٩٠) ومسلم: الإمارة (٣/ ١٤٩٠) ح (٩٢/ ١٨٦٩).

(٥) أخـرجه البـخـارى : التـفسـيـر (٨/ ٦٢-٦٣) ح (٤٥٥٣)، ومسـلم : الجهـاد (٣/ ١٣٩٣) ح (٧٤/ ١٧٧٣).

فصل

التعوذ بالقرآن وبأسماء الله تعالى جائز(١) لقوله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل:٩٨] وقوله تعالى: ﴿قل أعوذ برب الفلق﴾ [الفلق:١] و ﴿قل أعوذ برب الناس﴾ [الناس:١] وإخباره تعالى عن أنبيائه وصالحى عباده أنهم تعوذوا به، وروى أنه ﷺ كان إذا اشتكى قرأ على نفسه بالمعوذات وينفث(٢)، وكان من تعوذه «أعوذ بوجه الله الكريم وبكلمات الله التامات من شر ما خلق وما ذرأ وما برأ ومن شر كل دابة ربى آخذ بناصيتها وإن ربى على صراط مستقيم»(٣)، ومنه ما علمه عثمان بن أبى العاص، «أعوذ بعزة الله وقدرته من شر ما أجده»(٤)، وفيه أخبار كثيرة.

فصل

والرقية(٥) جائزة بالقرآن وبأسماء الله تعالى(٦) لقوله جل ذكره: ﴿وننزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين﴾ [الإسراء:٨٢] وقوله تعالى: ﴿وهذا كتاب أنزلناه مبارك﴾ [الأنعام:٩٢] وقوله ﷺ «استرقوا لهما فإنه لو سبق القدر شىء لسبقت العين»(٧).

---

(١) انظر الموطأ (٢/ ٩٤٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٠, ٤٥٢).

(٢) أخرجه البخارى فى فضائل القرآن (٨/ ٦٧٩) ح (٥٠١٦)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٢٣) ح (٢١٩٢/ ٥١).

(٣) ذكره الحافظ الهيثمى وقال: فيه من لم أعرفه. انظر مجمع الزوائد (١٠/ ١٣١) وليس فى الطبرانى فى الصغير كما عزاه الحافظ الهيثمى.

(٤) أخرجه أبو داود فى الطب (٤/ ١١) ح (٣٨٩١)، والترمذى فى الطب (٤/ ٤٠٨) ح (٢٠٨٠) وقال: حسن صحيح، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٢) ح (٩).

(٥) قال الفيروزآبادى: الرقية بالضم: العوذة، والجمع: رُقًى، ورقاه رُقْيًا: نفث فى عوذته. انظر القاموس المحيط (٤/ ٣٣٦).

(٦) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥١).

(٧) أخرجه الترمذى فى الطب (٤/ ٣٩٥) ح (٢٠٥٩) وقال: حديث حسن صحيح وابن ماجه فى الطب (٢/ ١١٦٠) ح (٣٥١٠)، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٣٩) ح (٣) وقال مالك: معضل ورواه ابن وهب فى جامعه عن مالك، عن حميد بن قيس، عن عكرمة بن خالد به مرسلاً.

فصل

من عيَّن إنسانًا توضأ له العائن، وصفة ذلك: أن يغسل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخل إزاره فى إناء ثم يصبه على المريض[١] لورود الخبر بذلك فى حديث عامر بن ربيعة لما مر بسهل بن حنيف فعيَّن سهلاً، فأمره النبى ﷺ أن يتوضأ له على هذه الصفة بعد أن تغيظ، وقال: «علام يقتل أحدكم أخاه»[٢].

فصل

والرقية جائزة من العقرب لأنه مما يؤذى شر الإيذاء[٣] وروى أنه ﷺ أرخص فى الرقية من كل ذى حمى[٤]، ويجوز رقية الذمى إذا كانت بكتاب الله، لما روى أنه ﷺ دخل على عائشة وعندها يهودية ترقيها فقال: «بكتاب الله فارقى»[٥].

فصل

والكى من اللقوة وسائر ما يحتاج إليه ويصلح به لأنه على علاج العرب، وقد اكتوى جماعة من الصحابة[٦]، والتعالج والتداوى للمريض جائز: بالحجامة والكى وشرب الدواء وقطع العرق وكل ما فيه رجاء لصلاح البدن وزوال المرض إلا أن يكون شرب خمر أو استعمال نجس أو أمر ممنوع[٧]، والأصل فيه أن النبى ﷺ تداوى واحتجم وشاور الطبيب، وقال لطبيبين: أيكما أطب» قالوا يا رسول الله: هل فى الطب من خير؟

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥١).

(٢) أخرجه البخارى فى الطب (١٠/ ٢١٣) ح (٥٧٤٠)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧١٩) ح (٤١/ ٢١٨٧).

(٣) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥١).

(٤) أخرجه البخارى فى الطب (١٠/ ٢١٦) ح (٥٧٤١)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٢٤) ح (٥٢/ ٢١٩٣).

(٥) الثابت أن أبا بكر هو الذى دخل على عائشة. أخرجه مالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٣) ح (١١).

(٦) أخرجه ابن ماجه فى الطب (٢/ ١١٥٥) ح (٣٤٩٢) ومالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٤) ح (١٣).

(٧) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١١، ٧١٢) ، انظر حاشيه العدوى (٢/ ٤٥٢، ٤٥٣).

قـال: «إن الذى أنزل الداء أنزل الدواء»[١]، وقيل لعـائشة رضى الله عنهـا من أين لك العلم بالطب؟ فقالت: إن العلل كـانت تعتاد رسول الله ﷺ كثيرًا وكـان يشاور الطبيب وكنت أسمع ما يقول له[٢]، فأما شرب الخمر وغيرها من النجاسات للتداوى فغير جائز لعموم قوله تعالى: ﴿والرجز فاهجر﴾ [المدثر:٥]، وقوله ﷺ : «ما جعل الله شفاء أمتى فيما حرم عليها»[٣].

فصل

لا يجـوز اللعب بالنرد ولا بالشطرنج[٤] لأنها تلهى عـن العبادات وتشـغل عن ذكر الله، وتؤدى محبتها[٥] والإدمان عليها إلى القـسام والحلف كاذبًا وترك الصلوات وذلك فسوق، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من لـعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله»[٦]، فأما إن كان شيئًا خفيفًا يستعمل معه بعض ما ذكرناه جاز لأنه خفيف.

فصل

من رأى من الحيات شيئًا فى منزله فليـؤذنه ثلاثة أيام فإن بدى له بعد ذلك فليقتله، وأما فى الصحارى وما عدا البيوت فليقتله من غير إيذان[٧]، والأصل فيه قوله ﷺ «من ترآى له شىء من الحـيات فى البـيوت فليـؤذنه ثلاثًا فإن بدا له بعـد ذلك فليقـتله»[٨]، وروى سالم عن ابن عمر قال بينما أنا يومًا أطارد حية من دواب البيوت أبصر ذلك زيد

---

(١) أصله فى الصحيـحين. أخرجه البخـارى فى الطب (١٤١/١٠) ح (٥٦٧٨) ومسلم فى السلام (١٧٢٩/٤) ح (٢٢٠٤/٦٩)، ومالك فى الموطأ فى العين (٩٤٤/٢) ح (١٢) مرسل وشواهده فى الصحيحين وغيرهما كما ذكرنا.

(٢) لم أجده.

(٣) ذكره الحافظ الهيـثمى وعزاه إلى أبى يعلى والبزار ورجال أبى يعلى رجال الصحـيح خلا حسان ابن مخارق وقد وثقه ابن حبان. انظر مجمع الزوائد (٨٩/٥).

(٤) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٦)، انظر حاشية العدوى (٤٦١/٢).

(٥) ثبت فى (أ) صحبتها.

(٦) أخرجه أبو داود فى الأدب (٢٨٦/٤) ح (٤٩٣٨)، وابـن ماجه فى الأدب (١٢٣٧/٢ ـ ١٢٣٨) ح (٣٧٦٢)، ومـالك فى الموطأ فى الرؤيا (٩٥٨/٢) ح (٦)، والحـاكم فى المستـدرك (٥٠/١) صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وأقره الذهبى.

(٧) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٨)، انظر حاشية العدوى (٤٦٣/٢).

(٨) أخرجه مسلم فى السلام (١٧٥٦/٤) ح (٢٢٣٦/١٣٩).

ابن الخطاب وأبو لبابة فقالا: مه يا عبد الله: فقلت إن رسول الله ﷺ يقتلها فقالا: قد نهى عن ذوات البيوت[١]، وفى حديث أبى سعيد قال: كان فتى منا حديث عهد بعرس دخل منزله فوجد حية منطوية[٢] على فراشه فركز فيها رمحه فانتظمها فاضطربت الحية فى رأس الرمح وخر الفتى صريعًا فما يدرى أيهما كان أسرع موتًا الفتى أم الحية فقال رسول الله ﷺ: «استغفروا لصاحبكم»، ثم قال «إن بالمدينة جنًا قد أسلموا فإذا رأيتم ذلك فأذنوه ثلاثة أيام فإن بدى لكم بعد ذلك فاقتلوه فإنما هو شيطان»[٣]، فأما فى الصحارى والأودية فلا بأس بقتلها لعموم قوله ﷺ «خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم فذكر: الحية والعقرب»[٤]، وقال ﷺ: «ما سلمناهن منذ حاربهن فمن تركهن مخافة شر فليس منا»[٥]، وروى أنه ﷺ رخص فى قتل الحية والعقرب فى الصلاة[٦].

فصل

يجوز قتل الوزغ[٧] لما نهى عنه، وأنه ﷺ أمر به وسماه فويسقاء[٨]، ويكره قتل النمل إلا من أذية شديدة لأنه نهى ﷺ عن قتلها[٩] فأما إذا آذته فله قتلها لأن له إزالة ما يؤذيه من الهوام بالقتل، ويكره ذلك بالنار فى النمل والقمل للتعذيب، وروى «لا يعذب بالنار إلا رب النار»[١٠]، ويكره قتل الضفادع للنهى عنه، ولأنه لا أذية فيه[١١].

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٩٧٥) ح (٣١).

(٢) ثبت فى (أ) مطوية.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ٨٥٦) ح (٦٧/ ١١٩٨)، والنسائى فى المناسك (٥/ ١٦٣) باب (ما يقتل فى الحرم من الدواب)، وابن ماجه فى المناسك (٢/ ١٠٣١) ح (٣٠٨٧)، ومالك فى الموطأ فى الحج (١/ ٣٥٧) ح (٩٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/ ٣٦٥) ح (٥٢٤٨).

(٦) بلفظ «رخص فى قتل الأسودين فى الصلاة». أخرجه العقيلى فى الضعفاء (١/ ١٠٩).

(٧) قال الفيروزآبادى: الوَزَغَةُ محركة: سامٌّ أبْرَصَ سُميت بها لخفتها وسُرعة حركتها، انظر القاموس المحيط (٣/ ١١٥).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/ ٣٦٨) ح (٥٢٦٥)، وابن ماجه فى الصيد (٢/ ١٠٧٥) ح (٣٢٢٥).

(١٠) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى البزار. انظر نصب الراية (٣/ ٤٠٨).

(١١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦٤).

فصل

لا تسافر المرأة إلا مع ذى محرم[١] لنهيه ﷺ أن تسافر المرأة يومًا وليلة إلا مع ذى محرم[٢]، ولأنه لا يؤمن عليها الفاحشة ولهذا أسقط عنها التغريب فى حد الزنا، وهو فيما عدا سفر الغرض من الحج والخروج من أرض العدو وقد بيناه فيما تقدم.

فصل

يكره للمسافرين من اتخاذ الأجراس فى أعناق الجمل والركاب[٣] لما روى أن رفقة من مصر أقبلت وفيها جرس فأمر النبى ﷺ بقطعه وقال: «إن الملائكة لا تصحب رفقة فيها جرس»[٤]، وكذلك تقليد الأوتار منهى عنه لما لا يؤمن منهم أن يؤدين إلى جناية.

فصل

يكره كثرة العمل[٥] فى المساجد، والتشاغل فيها بالصنائع كالخياطة والخرازة وغيرها، ويستحب تنزيهها من تقليم الأظافر وسائر الأوساخ، والأصل فيه قوله تعالى: **﴿وأن المساجد لله فلا تدعو مع الله أحدًا﴾** [الجن:١٨] وهذه الإضافة تقتضى تعظيمها وإفرادها عما يكون للمخلوقين، وقال جل ذكره **﴿فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال﴾** [النور:٣٦] فأخبر عما وضعت له، فوجب ألا يعمل فيها غيره، ولأنها إذا دخلها الأعمال والبيع والشراء كانت كالأسواق وزال تعظيمها ودخلها الغش والكذب ودخول اليهودى والنصرانى وابتذلت ودخلها الكلام والقر والسقط وقول الهجو، وما يذم الجلوس فى الأسواق لأجله وذلك يبطل الفرق بينها وبين الأسواق لقوله ﷺ: «خير البقاع المساجد وشرها الأسواق»[٦]، وأما تنزيهها

---

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧٠٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٠).

(٢) أخرجه البخارى فى التقصير (٢/ ٦٥٩) ح (١٠٨٨) ، ومسلم فى الحج (٢/ ٩٧٥) ح (١٣٣٨/٤١٤).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١١٤٢).

(٤) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٧٢) ح (٢١١٣/١٠٣) ، وأبو داود فى الجهاد (٣/ ٢٥) ح (٢٥٥٥) ، والترمذى فى الجهاد (٤/ ٢٠٧) ح (١٧٠٣) ، وأحمد فى المسند (٢/ ٣٥٢) ح (٧٥٨٣).

(٥) ما أثبتناه من (ب) وهو أولى وفى باقى النسخ (قتل القمل).

(٦) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/ ٨) وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى فى الكبير وقال:=

عن الأقذار والأوساخ فلقوله ﷺ «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم»[١] وعلة ذلك ما لا يؤمن أن تكون منهم من البول والأقذار، ولأنه إذا منع فيها من أعمال الصنائع والمعايش كان ما ذكرناه أولى.

فصل

يجوز خصاء الغنم بخلاف الخيل والإبل[٢] ، لما روى أنه ﷺ نهى عن خصاء الجمل[٣]، وروى أنه ضحى بكبشين أملحين موجئين[٤] ولم ينكر ذلك ولأن الغنم تراد للأكل فليس فى خصائها ما يمنع ذلك بل فيه صلاح للحومها وترطيب لها والخيل تراد للركوب والجهاد[٥] وذلك ينقص قوتها ويقل نسلها فلذلك كره.

فصل

وتكره السمة[٦] فى الوجوه ولا تكره فى غيره[٧]، لأنه ﷺ نهى عن السمة فى الوجه وأرخص فيها فى الأذن[٨] وروى أنه مر به ﷺ حمار قد كوى وجهه فعاب ذلك[٩]، ويجوز فى غيره لأن بالناس حاجة إلى علامات يعرفون بها بهائمهم فجاز فى الموضع الذى لا يعود بالضرر.

= فيه عطاء بن السائب وهو ثقة ولكنه اختلط فى آخر عمره وبقية رجاله موثقون. انظر مجمع الزوائد (٢/ ٩).

(١) أخرجه ابن ماجه فى المساجد (١/ ٢٤٧) ح (٧٥٠).

(٢) الإبل: سقطت من (ب).

(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٢/ ٣٤) ح (٤٧٦٨)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: فيه عبد الله بن نافع وهو ضعيف. انظر مجمع الزوائد (٥/ ٢٦٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) والجهاد: سقطت من (أ).

(٦) قال الشيخ الأبى: الوسم: أى العلامة بالنار فى الوجه. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٤).

(٧) انظر الثمر الدانى (ص ٧١٤)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٧).

(٨) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٧٣) ح (١٠٦/ ٢١١٦)، وأبو داود فى الجهاد (٣/ ٢٧) ح (٢٥٦٤)، وأحمد فى المسند (٣/ ٣٩٦) ح (١٤٤٧٢).

(٩) تقدم تخريجه.

فصل

من رأى فى منامه بعض ما يكره تفل عن يساره ثلاثًا وتعوذ بالله من شر ما رآه[(١)]، لقوله ﷺ: «الرؤيا الصالحة من الله والحلم من الشيطان فإذا رأى أحدكم شيئًا يكرهه فلينفث عن يساره ثلاث مرات إذا استيقظ وليتعوذ بالله من شرها ، فإنها لن تضره إن شاء الله»[(٢)].

ويجب أن يفسرها من له علم بها لأنها أصلاً لا يؤمنن عليها إذا فسرها من لا يعلم أن يكذب أو يخمن لعموم قوله تعالى : ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾ [الإسراء:٣٦].

فصل

السبق[(٣)] جائز بالخيل والإبل وبالسهام وبالرمى[(٤)] والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل﴾ [الأنفال: ٦٠]، وقال ﷺ: «ألا أن القوة الرمى»[(٥)]، [وقال ﷺ «لا سبق إلا فى نصل أو حافر»[(٦)]][(٧)] وروى أنه ﷺ سابق بين

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٥)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٩).

(٢) أخرجه البخارى فى الطب (١٠/ ٢١٩) ح (٥٧٤٧)، ومسلم فى الرؤيا (٤/ ١٧٧١) ح (١/ ٢٢٦١).

(٣) قال الفيروزآبادى: السبق محركة: الخَطَرُ يُوضع بين أهل السباق. انظر القاموس المحيط (٣/ ٢٤٣).

وقال الشيخ أحمد الدردير: هى المال يوضع بين أهل السباق. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٨).

(٤) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٧)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٨).

(٥) أخرجه مسلم فى الإمارة (٣/ ١٥٢٢) ح (١٦٧/ ١٩١٧)، وأبو داود فى الجهاد (٣/ ١٣) ح (٢٥١٤) ، وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٤٠) ح (٢٨١٣) ، وأحمد فى المسند (٤/ ١٩٤) ح (١٧٤٤٢).

(٦) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٢٩) ح (٢٥٧٤)، والترمذى فى الجهاد (٤/ ٢٠٥) ح (١٧٠٠) هذا حديث حسن، والنسائى فى الخيل (٦/ ١٨٨) باب (السبق)، وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٦٠) فى (٢٨٧٨)، وأحمد فى المسند (٢/ ٣٤٣) ح (٧٥٠١).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الخيل التى أضمرت[(١)]، وسابق بناقته القصواء[(٢)].

فصل

السباق بالبغال والحمير لا يجوز، خلافًا لأحد وجهى أصحاب الشافعى[(٣)]، لأن الغرض بالسباق قتل العدو ولا يتأتى ذلك فى البغال والحمير لأنها لا تصلح للكر والفر وإنما تصلح له الخيل وحدها ألا ترى أنه لا يسهم لهما.

فصل

يجوز أن يخرج الرجل سبقًا فإن سبقه غيره أخذه وإن سبق هو كان الذى أخرجه لمن يليه، ولا يرجع السبق إلى مخرجه[(٤)]، وإن جعلا محللاً يأخذ السبق جاز إذا أمنا أن يسبقاه، والأصل فيه قوله ﷺ : «من أدخل فرسًا بين فرسين وقد أمن أن يسبقهما فهو قمار فإن لم يأمن فليس بقمار»[(٥)]، ولأنه إذا أمن أن يؤخذ سبقه ورجاء أن يؤخذ سبق غيره حصل المعنى المقصود منه فجاز، وإنما منعنا رجوع السبق إلى مخرجه اعتبارًا بالولى لأنه لا يكون فى إخراج السبق فائدة، قال محمد بن عبد الحكم: هذا أحد قوليه وعلى الوجه الآخر يجوز وهو النظر.

---

(١) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ٨٣) ح (٢٨٦٨)، ومسلم فى الإمارة (٣/ ١٤٩١) ح (٩٥/ ١٨٧٠).

(٢) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ٨٦) ح (٢٨٧١)، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٤٣٢) ح (١٨٠٦/١٣١).

(٣) قال الشيخ الشيرازى: وهو أحد قولى الشافعى. انظر المهذب (١/ ٤١٣).

(٤) ذكره الشيخ العدوى. انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٩, ٢١٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٣٠) ح (٢٥٧٩)،وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٦٠) ح (٢٨٧٦).

باب
فى فضل المدينة والصلاة بها وفضل مالك
ـ رحمه الله ـ وترجيح مذهبه

المدينة عند أصحابنا أفضل البقاع كلها، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من تفضيل مكة عليها[١]، لما روت عمرة بنت عبد الرحمن عن رافع بن خديج أن النبى ﷺ قال: «المدينة خير من مكة»[٢] هذا نص، ولقوله: «إن إبراهيم عبدك وخليلك ونبيك وإنى عبدك ونبيك وإنه دعا لمكة، وأنا أدعو للمدينة بمثل ما دعاك به لمكة ومثله معه»[٣]، وهذا صريح فى أنها أفضل لأن تضعيف الدعاء لها إنما هو لفضلها على ما قصر عنها، وقوله ﷺ: «لا يصبر على لأوائها وشدتها أحد إلا كنت له شهيدًا أو شفيعًا يوم القيامة»[٤] وتخصيصه ذلك يدل على أنه لا زيادة على فضيلتها، وقوله: «لا يخرج أحد عن المدينة رغبة عنها إلا أبدلها الله خيرًا منه»[٥]، وقوله ـ فى الأعرابى الذى بايعه ثم قال: أقلنى بيعتى ـ: «المدينة كالكير ينفى خبثها وينصع طيبها»[٦]، وقوله ﷺ: «اللهم إنهم أخرجونى من أحب البقاع إلىَّ فأسكنى أحب البقاع إليك»[٧] وهذه ظواهر أقوى من النصوص وقوله: «أمرت بقرية تأكل القرى يقال لها يثرب وهى المدينة تنفى الناس

---

(١) قال الإمام النووى: هذا قول أهل مكة وأهل الكوفة وابن وهب وابن حبيب المالكيان وهو قول الشافعى، انظر شرح مسلم للنووى (٩/ ١٦٤).

(٢) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وفيه محمد بن عبد الرحمن بن داود وهو مجمع على ضعفه. انظر مجمع الزوائد (٣/ ٣٠١ ـ ٣٠٢).

(٣) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٠) ح (٤٧٣/ ١٣٧٣)، ومالك فى الموطأ فى الجامع (٢/ ٨٨٥) ح (٢).

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٤) ح (٤٨١/ ١٣٧٧)، ومالك فى الموطأ فى الجامع (٢/ ٨٨٥ ـ ٨٨٦) ح (٣).

(٥) أخرجه مالك فى الجامع (٢/ ٨٨٧) ح (٦).

(٦) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/ ١٠٤) ح (١٨٧١)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٦) ح (٤٨٨/ ١٣٨٢).

(٧) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٣/ ٣).

كما تنفى الكير خبث الحديد»[1]، وقوله ﷺ: «تأكل القرى»[2] إلا رجوع فضلها عليها وزيادتها على غيرها، وقوله: «إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»[3] وتخصيصه إياها بذلك يدل على فضلها على جميع البقاع التى لا يوجد هذا المعنى فيها لقوله ﷺ: «ما بين قبرى ومنبرى روضة من رياض الجنة»[4]، وقد علم أنه خصص ذلك الموضع منها لفضله على بقيتها فكان بأن يدل على فضلها على ما سواها أولى، وقوله ﷺ «على أنقاب المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال»[5] وهذا بين عن فضلها على البقاع التى لم تحرس من ذلك، وقوله: «اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد»[6]، ولا يجوز أن يسأل ربه أن يحبب إليه الأدنى على الأعلى، وما روى من إنكار عمر رضى الله عنه على عبد الله بن عياش المخزومى فى قوله: مكة خير من المدينة فقال: أنت القائل لمكة خير من المدينة فقال هى حرم الله وأمنه فقال عمر: لا أقول فى حرم الله ولا فى أمنه شيئًا[7].

ولا أحد أنكر عليه هذا الإنكار، ولأن رسول الله ﷺ مخلوق منها وهو خير البشر فتربتها أفضل الترب، ولأن فضل الهجرة يوجب أن يكون المقام بها طاعة وقربة والمقام بغيرها ذنبًا ومعصية وذلك دال على فضلها على سائر البقاع.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/ ١٠٤) ح (١٨٧١)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٦) ح (١٣٨٢/٤٨٨).

(٣) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/ ١١١) ح (١٨٧٦)، ومسلم فى الإيمان (١/ ١٣١) ح (١٤٧/٢٣٣).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: «ما بين بيتى ومنبرى روضة من رياض الجنة». أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة (٣/ ٨٤) ح (١١٩٥)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠١٠) ح (٥٠٠/ ١٣٩٠).

(٥) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/١١٣) ح (١٨٧٩)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٥) ح (١٣٧٩/٤٨٥).

(٦) أخرجه البخارى فى مناقب الأنصار (٧/ ٣٠٨) ح (٣٩٢٦)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٣) ح (١٣٧٦/٤٨٠).

(٧) أخرجه مالك فى الموطأ فى الجامع (٢/ ٨٩٤) ح (٢١).

فصل

الصلاة فى كل المساجد متساوية الفضيلة إلا فى المساجد الثلاثة المسجد الحرام ومسجد النبى ومسجد إيليا، والأصل فيه قوله ﷺ «لا تشد المطى إلا إلى ثلاثة فذكرها»[(١)] وقوله ﷺ «صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام»[(٢)].

فصل

فإذا ثبت هذا فالصلاة فى مسجده أفضل من الصلاة فى المسجد الحرام فى الجملة، فأما تحديد ما يفضل به عليه فلم يرد خبر ولا يوجبه نظر، وقد قيل إنه بدون الألف وأظن قد قيل غيره، وإنما قلنا ذلك فى الجملة لأنه إذا ثبت بما ذكرناه فضيلة المدينة على مكة كانت الصلاة فى مسجدها أفضل لا محالة ويكون استثناء المسجد الحرام من تفضيل الصلاة فى مسجد الرسول ﷺ على سائر المساجد وهو مقدار الفضيلة لا فى أصلها فكأنه قال ﷺ الصلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام فهو أفضل منه بدون ألف كفضل مكة على غيرها، فكانت لها بذلك مزية على سائر المساجد كما كان للمدينة مزية على مكة وذلك المقدار لا يعلم إلا بتوقيف فلذلك وقفنا فى تقديره.

فصل

إجماع أهل المدينة نقلاً حجة تحرم مخالفته ومن طريق الاجتهاد مختلف فى كونه حجة، والصحيح عندنا أنه يرجح به على غيره ولا يحرم الذهاب إلى خلافه، فأما إجماعهم من طريق النقل أو ما فى معناه: فإنه ينقسم إلى نقل قول ونقل فعل ونقل إقرار ونقل ترك وعليه بنى أصحابنا الكلام فى كثير من مسائلهم واحتجوا به على مخالفهم وتركوا له أخبار الآحاد والمقاييس وهو مثل نقل الأذان والإقامة وتقديم الأذان للفجر قبل وقتها والصاع والمد وترك أخذ الزكاة من الخضروات وإثبات الأحباس

(١) أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة (٣/ ٧٦) ح (١١٨٩)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠١٤) ح (٥١١/ ١٣٩٧).

(٢) أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة (٣/ ٧٦) ح (١١٩٠)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠١٣) ح (٥٠٩/ ١٣٩٥).

والوقوف وغير ذلك ودليلنا على كونه حجة: اتصال نقله على الشرط المراعى فى التواتر من تساوى أطرافه وامتناع الكذب والتواطء والتواصل والتشاعر على ناقليه وهذه صفة ما يحج نقله[١]، ولا معتبر[٢] لقولهم إنه لم يثبت هذه الصفة لنقلهم لأن الذين نقلوا ذلك هم الذين نقلوا موضع قبره ومنبره ﷺ وهم أهل المدينة قرنًا بعد قرن وخلفًا عن سلف ولدًا عن والد وآخر عن أول، وكذلك قال مالك رحمه الله لما احتاج لإثبات الوقوف فقال: هذه صدقات رسول الله ﷺ وأحباسه مشهورة عندنا بالمدينة معروفة، ولمسائلها رجع أبو يوسف إلى القول بأن مقدار الصاع ما يقوله أصحابنا وترك مذهب أبى حنيفة لما رأى[٣] من تواتر النقل وتناصره من الخلف عن السلف، وإذا ثبت ذلك صح ما قلنا، ومن ذهب إلى أن إجماعهم[٤] من طريق الاستنباط والاجتهاد حجة احتج بأن لأهلها من المزية بمشاهدة خطاب رسول الله ﷺ وسماع كلامه والمعرفة بأسباب خطابه وألفاظه ومخارج أقواله ما ليس لغيرهم ممن نأى وبَعُدَ عنه، وقد ثبت أن من حملت له هذه المزية كان أعرف بطرق الاستنباط ووجوه الاجتهاد والاستخراج فكانوا حجة بما يجتهدون فيه، ولأن السنن والأحكام منها ابتدأت وعنها انتشرت إلى غيرها من الآفاق: فإذا وجدناهم مجمعين على ما لم يتبين نقله ولا اشتهر أنه توقيف حملوا فيه على أنهم عرفوا منه ما لم يعرف غيرهم لأنه ليس إلا ذلك ، والقول بأنهم غيروا أو ما عرفوا [. . . . .][٥] ما علموه وذلك ممتنع مع عدالتهم ونزاهتم ووجه القول بأنه ليس بحجة وهو الذى كان يقول شيخنا أبو بكر [الأبهرى][٦] وكافة البغداديين من أصحابنا إلا اليسير منهم [لأنهم بشر يخطىء ويصيب والعصمة][٧] تثبت لجميع الأمة دون بعضها فلا يؤمن معهم، وقد وقع الخطأ فى بعض ما اجتهدوا فيه وهذا زيادة منهم على [. . . .][٨] التبديل والتغيير.

(١) ثبت فى (ب) فعله.
(٢) ثبت فى (أ) معتد.
(٣) لما رأى: سقطت من (أ).
(٤) ثبت فى (ب) ابتاعهم.
(٥) طمس فى (أ)، (ب).
(٦) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.
(٧) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.
(٨) طمس فى (أ، ب).

فصل

إذا ثبت أنه ليس بحجـة ولا تحرم مخالـفته وهو أولى من اجتـهاد غيرهم إذا اقـترن بأحد الخبرين المعارضين رجح به على مـا عرى عنه، ودليلنا أن الترجيح مطلوب به قوة [بحيث يكون القول الذى][١] يقارنه أقرب إلى الحق وأولى بالصواب، وذلك لأن لأهل المدينة بما ذكرناه من مزية المعاينة والرجحان بالمشاهدة والمعرفة بمخارج الكلام [وسبب][٢] الأحكام ما ليس لغيـرهم من راجع إلى نقل فكان اجتهادهم أولى لأن سـببه الذى بنى عليه أقوى، ولقـوله ﷺ: «إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحيـة إلى جحرها»[٣] وذلك يفيد أن اجتهادهـم إلى الصواب أقرب وعن الخطأ أبعد، وبذلك احتج من رجح اجتهاد عـمر رضى الله عنه على اجتهاد غيره قـوله ﷺ «إن الحق ينطق على لسان عمر وقلبه»[٤]، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتوقفون عن الفتيا فى الحادثة إذا نزلت بهم وهم غـائبـون عن المدينة ويؤخـرون ذلك إلى وقت عودهم إلـيهـا وروى عن ابن مسعود وابن عمر وأشار به عبد الرحمن على عمر[٥]، وذلك لأن اعتقادهم أن الاجتهاد بها أقوى، وأن النفوس بها أشرح والصدور بها أرحب وأفصح والتبين والتبصر بها أبهج وأوضح، وقد صرح بذلك عبد الرحمن بن عـوف فى قوله لعمر بن الخطاب: أمهل يا أمير المؤمنين لتقدم دار الهجرة وبها الصحابة، وهذا واضح فيما قلناه بحمد الله.

فصل

إذا روى خبر من أخبار الآحاد فى مقـابلة عملهم المتصل وجب إطراحه والمصير إلى عملهم لأن هذا العـمل طريقه طريق النقل المتواتر فكان إذن أولى من أخـبار الآحاد[٦]. وذلك مثل ما ذكرناه فى نقل الأذان، ووجوب المعاقلة بين الرجل والمرأة، وتقديم الأذان على الفجر ومـا فى معناه، وحمل ذلك على [غلط][٧] راويه أو نسخه أو غـير ذلك مما

(١) طمس فى (ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٢) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه الترمذى فى المناقب (٥/ ٦١٧) ح (٣٦٨٢) وقال: حديث حسن غريب من هذا الوجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (أ) الأخبار.

(٧) طمس فى (أ، ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

يجب إطراحه لأجله، وليس هذا من القـول بأنا لا نقبل الخبر حتى يصحبه العمل فى شيء لأنه لو ورد خبر فى حادثة[1] لا نقل لأهل المدينة فيه لقبلناه وإن كنا نطرحه إذا عاد برفع النص، وهذا مذهب السلف وأكابر التابعين مثل سعيد بن المسيب إذ أنكر على ربيعة معارضته إياه فى المعاقلة وأبى الزناد[2] وأبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهم، وقد ذكرناه فى المواضع وقد استوفيناه فيها.

فصل

إذا اختلف العلماء وتنازعوا فى حكم ما: فالواجب الرجوع إلى النظر والاجتهاد فى طلب الحكم من الأدلة التى هى مظانه[3] ومواضع طلبه وهى: الكتاب والسنة والإجماع والقياس والعمل[4] واعتقاد ما يؤدى صحيح النظر فى ذلك إليه ويقف[5] المجتهد عليه ولا يفتقدون الحق فى أقاويل المختلفين فى قول فلان دون قول غيره، ولا فى مذهب دون ما سواه من [المذاهب][6] إلا أن يكون الدليل قد قام عنده على صحته وعين له الحق به، فإن قيل أتراكم تعتقدون مذهب مالك بن أنس رحمه الله وتختارونه[7] دون غيره من مذاهب المخالفين وتخبرون عن صوابه وتأمرون المبتدئ بدرسه فخبرونا عن موجب ذلك عندكم أهو تقليدكم له وإنكم صرتم إليه لأنه قاله أو لأن الدليل عندكم قام عليه، قيل له: قد فرغنا من الجواب عن هذه المطالبة فى العقد الذى عقدناه وجملته: أنَّا لم نصر إلى قوله إلا وقد علمنا صحته وعرفنا صحة الأصول التى بنى عليها واعتمد فى اجتهاده على الرجوع إليها فلما عرفنا ذلك من مذهبه عقدناه وحكمنا بصوابه، إن قيل: فهذا حجتكم فيما تعتقدونه فى نفوسكم فما حجتكم فى إرشادكم على المبتدئ الذى لم يعرف من حاله ما عرفتم منه[8] وتعويلكم به عليه وترجيحكم له فى الجملة على غيره، قيل له: فأما إرشادنا المبتدئ إليه وأمرنا إياه بدرسه واعتقاده فلأنه

(١) فى حادثة: سقطت من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) أبى الزياد.

(٣) ثبت فى (ب) مكانه.

(٤) ثبت فى (ب) والعبرة.

(٥) ثبت فى (أ) وينفذ.

(٦) طمس فى (أ،ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٧) ثبت فى (ب) وتنتحلونه.

(٨) ثبت فى (ب) إليه.

استرشدنا إلى الصواب الذى يجب أن يعتقد وقد عرفنا أن ذلك هو الصواب فلذلك أرشدناه إليه، وأما ترجيحنا إياه على غيره من المذاهب فلقوله ﷺ: «يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل فى طلب العلم فلا يجدوا من عالم أعلم من بالمدينة»(١) فالدلالة فى هذا من موضعين: إحداهما إخباره بأن من ينطبق عليه هذا الاسم أعلم أهل وقته ولم نجد هذا [فى غيره](٢) ولا موصوفًا به سواه، حتى إذا قيل هذا قول عالم المدينة وإمام دار الهجرة عقل من ذلك أنه المراد به فاكتفى به عن أن يقال: إنه مالك بن أنس [ولم يؤد](٣) سمعه إلى استفهام عليه، ولا يعرض له توقف فيه للعرف الذى فى الغالب قصره عليه وانتفاء الشركة عنه فيه كما إذا قيل هذا قول الشافعى أنه أراد بذلك قول محمد بن إدريس دون غيره [.....](٤) .

* * *

[انتهى كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة

وصلى الله على سيدنا محمد]

* * *

(١) أخرجه الترمذى فى العلم (٥/٤٧) ح (٢٦٨٠) وقال: حديث حسن، وأحمد فى المسند (٢/٤٠٠) ح (٧٩٩٩)، والبيهقى فى الكبرى (١/٥٦٧) ح (١٨١٠)، والحاكم فى المستدرك (١/٩١).

(٢) طمس فى (أ)، (ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) طمس فى (أ،ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) طمس فى الأصل بمقدار ثلاثة أسطر.